

Merced a lo anterior, se han establecido una serie de criterios normativos, todos ellos ampliamente discutidos:

- En el primero, se ha aludido a la *naturaleza del acto*: es decir, a la *intermediación y especulación*.
- El segundo, se ha apelado a la *naturaleza del agente*: y al efecto se ha mencionado la *subjetividad y objetividad* de quien realiza los actos.
- En el tercero y vista la amplia refutación de los anteriores, se ha recurrido a la *enunciación legal* de los actos. (Este es el criterio empleado en la legislación nacional)

Giuseppe Ferri, al referirse a la intermediación y especulación, ha sostenido que la intervención de un sujeto comerciante implica una intermediación en el cambio de los bienes, con la intención de obtener un provecho, esto es, un lucro.

Según podrá observarse este elemento, no es observable en el acto médico, pues el ánimo no es el obtener un lucro; la finalidad del acto médico es proteger la salud.

Al efecto, y siguiendo a la autorizada pluma de Genaro Góngora Pimentel, podemos decir, que el lucro:

- Es el resultado de una actividad prevista en la ley como mercantil.
- Comprende al interés mercantil (lucro cesante por falta de disponibilidad de capital).

Ninguna de las citadas es inherente al acto médico.

Por su parte expresa Oscar Vásquez del Mercado: *La calificación de mercantil un acto, ya sea porque interviene un comerciante en su ejecución, o bien porque el acto tiene ese carácter, independientemente de la participación de un comerciante, es el llamado criterio subjetivo y objetivo del acto de comercio. Este criterio no fue aceptado por insuficiente....*

El criterio del derecho positivo mexicano (artículo 75 del Código de Comercio, y Ley de Aeropuertos) refiere que son actos mercantiles, los siguientes:

1. Actos de compraventa de inmuebles con fines de especulación comercial.
2. Contratos relativos a las obligaciones del Estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio.
3. Actos de empresa.
4. Comisión mercantil y mediación de negocios mercantiles.
5. Operaciones de Actos de compraventa y arrendamiento con propósito de especulación comercial.
6. Actos de los bancos.
7. Actos marítimos.
8. Contrato de seguro.
9. Depósito mercantil.

10. Depósitos y operaciones en almacenes generales.
11. Títulos de crédito.
12. Obligaciones de los comerciantes.
13. Los contratos y obligaciones de los auxiliares mercantiles.
14. Actos de agricultor y ganadero.
15. Contrato de fianza mercantil.
16. Acto constitutivo de la sociedad mercantil.
17. Prestación de servicios aeroportuarios.

Merced a lo expuesto, los prestadores de servicios médicos sólo realizan actos de comercio en las siguientes hipótesis:

- cuando expenden o arriendan insumos para la salud en ánimo de lucro.
- cuando se trata de comerciantes de la medicina; es decir, cuando se trata de empresas de servicios médicos.
- cuando se trata de seguros, y
- al negociar títulos de crédito.

Luego entonces, el acto médico, sólo por excepción podrá ser catalogado de mercantil y lo sería solamente en las hipótesis mencionadas.

Si bien el acto médico constituye, en algunos esquemas de pago por prestación de servicios profesionales, la unidad de referencia para determinar la retribución económica como honorarios o como incentivos; en términos de lo expuesto, **no por ello puede de catalogarse de mercantil.**

La regla general ha sido motivo de un pronunciamiento en el Código Internacional de Ética Médica que reza en los siguientes términos: *el profesional médico debe ser considerado distinto de los servicios comerciales y mercancías porque además está sujeto a normas éticas específicas que incluyen la dedicación para prestar una atención médica competente.*

PANEL 2: La contratación de servicios médicos en el derecho mexicano.

Coordina: Lic. Octavio Casa Madrid Mata

La Contratación de servicios médicos en el Derecho Civil

Dr. en D. Otón Pérez Fernández del Castillo

Es Licenciado en Derecho por la U.N.A.M., Especialista en Derecho Privado, con Maestría en Derecho y Doctorado en Derecho, con mención honorífica por la U.N.A.M. Fue Profesor de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M. a

nivel Licenciatura durante 30 años. Fundador de la clase de Derecho Notarial y Registral de la Licenciatura y del Doctorado en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M. Profesor honorario de la Universidad Notarial de la Argentina y Profesor honorario de Saint Mary's University of Texas School of Law. Doctorado Honoris Causa otorgado por Pacific Western University como reconocimiento a su trayectoria docente en México y otros Países el día 5 de diciembre de 1996.

Fue presidente de diferentes Asociaciones, Comisiones y Federaciones de Abogados. Conferencista en foros nacionales y en el extranjero. Organizador y responsables de 8 Congresos Nacionales de Doctores en Derecho y 2 Internacionales de Derecho Civil. Expositor y coordinador de cursos en mediación. Experto en solución de conflictos. Ha escrito artículos publicados en Foro Jurídico, Análisis de Jurisprudencia y la Revista de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano entre otras. Actualmente es Notario Público, Rector de la Universidad de Estudios de Posgrado en Derecho A.C., Catedrático del Doctorado de la Facultad de Derecho de la UNAM, Director de la Comisión de Medicación del Colegio de Notarios del D.F. y director del Centro de Mediación Notarial, A.C. de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C.

Buenos días. Verdaderamente yo quiero felicitar al comité organizador de este extraordinario evento en este magnífico auditorio. Con un programa extraordinario y en especial el empuje, el entusiasmo en la organización de la persona que me invita el Lic. Octavio Casamadrid Mata que cuando menos tuvimos cuatro reuniones previas para llegar a esta sesión de trabajo. Así es que maestro muchísimas gracias por su invitación. Tendré el gusto de platicar con ustedes.

En primer lugar pues veo a colegas doctores en Derecho, aquí presentes, que les agradezco su participación. Yo soy doctor pero hace poco en un programa en responsabilidad en materia de inseminación artificial en la televisión, dio como resultado que después una señora habló por teléfono a mi oficina a pesar de que le dijeron que era la Notaria 63, pidió hablar con el doctor Othón Pérez Fernández del Castillo y me dijo, oiga doctor, necesito que me dé usted, es cierto, soy notario, digo que es cierto, que pasó de este modo, no lo hice pero le dije que era cierto y me dijo "necesito ir a verlo porque fijese que tengo 5 años de casada no he podido estar embarazada y me gustaría"; le dije "si quiere usted venir, pero yo no soy ginecólogo, con mucho gusto".

Bueno por lo que pudiera ofrecerse pero de todas maneras.

Dirijo la Universidad de Estudios de Post-Grado en Derecho y hemos hecho cursos desde que apareció la CONAMED sobre arbitraje médico y más que sobre el arbitraje, sobre la necesidad de la prestación del servicio médico con altura, con responsabilidad. Al principio llegaban los médicos muy temerosos sobre todo porque llegaban al mundo de los abogados y los médicos y los abogados tenemos muchas cosas en común. El Derecho penal está de la mano con los médicos en muchísimas cuestiones; nosotros llevamos hasta una materia que se llama medicina legal.

Gran parte del divorcio en materia de psiquiatría pues tiene que ver mucho con los problemas de violencia familiar y demás y este tema en especial no lo dirijo a los médicos, sino a los hospitales y aquí parecería que el médico se encuentra en fuego cruzado entre el paciente y el hospital porque hoy el hospital no quiere hacerse responsable y toda la responsabilidad cae sobre el médico de tal manera que yo voy a hablar un poco sobre las cláusulas que están poniendo los hospitales para liberarse de responsabilidad y se llamarían estas cláusulas de exoneración.

En multitud de contratos o actos jurídicos existe esto que es la cláusula de exoneración. Ustedes han estado en un estacionamiento y dice "no nos hacemos responsables por los valores, por los accidentes, por el robo del vehículo". ¿Pues entonces de qué te haces responsable? Pues de nada.

Bueno ¿qué tan válidas son esas cláusulas de exoneración?

Quisiera decirles que cuando aparece la Procuraduría del Consumidor, entró en seguida una ley que es de normalización y metrología, nadie leyó esa ley, ningún abogado iba a leer una ley de metrología porque finalmente esto estaba llevado a que se tomaran las normas a la entrada del libre comercio de las medidas que se deberían tomar para los contratos, por ejemplo, el sistema métrico decimal.

Han pasado los años y de todas maneras cuando al doctor médico, su esposa le dice "necesitas pintar la recámara o necesitas arreglar el carro", lo manda a la tlapalería y seguimos comprando tornillos en pulgadas, no le venden en centímetros, de media, o ponemos libras al aire del automóvil y compramos no litros sino galones de pinturas y bueno, parte de esa ley se refiere al sistema métrico decimal que no cumplimos.

Por el otro lado, con la creación de la Norma Oficial Mexicana pronto aparecieron inmediatamente problemas sociales. Uno de ellos, fue la agencia funeraria donde había ciertos abusos, llegaba el muerto, lo estaban velando y a la hora del pago, pues no sale el muerto si no pagas, pues ya nos vamos, pues con la novedad de que no se va usted ¿Por qué? Pues liquide usted la cuenta. Es tanto del arrendamiento, de las flores, etc.

Y se presentó una situación de que el muerto no sale. El problema era en términos de Derecho, el derecho de retención ¿Puede la agencia funeraria retener al muerto? Se de-

cía, bueno, pues es un secuestro. No. Porque ya el señor está muerto, ya no está privado de la libertad; entonces es robo. Ah, el cadáver es cosa como para que se pueda robar y entonces como se plantearon todos estos problemas, acabó saliendo una norma oficial mexicana.

El paciente no sale hasta que no pague la cuenta. Pero ya tengo aquí dado de alta por el señor doctor. No sale si no paga usted la cuenta.

Ah!!!! Nada más que ahí sí había privación ilegal de la libertad y pronto hasta el gerente acabó en la cárcel; entonces hay una Norma Oficial Mexicana para regular estos fenómenos económicos del hospital.

Originalmente todos estos servicios están en la Biblia como obras de caridad, de beneficencia, de piedad, dar de beber al sediento, dar de comer al hambriento, dar hospedaje al peregrino, velar por el enfermo. Todos acabaron siendo no actos de beneficencia sino negocios muy lucrativos.

Dar de beber a un médico sediento. Dar hospedaje, toda clase de hospedaje. La palabra "hospedaje" viene de la misma raíz de hospital, pero los primeros hospitales en la Colonia, que eran obras de caridad para las personas de escasos recursos, ha resultado un negocio muy lucrativo.

El problema es que hoy el enfermo no entra; ese es el problema. Antes no salía, hoy no entra. Y lo que puede ser de broma es dramático, hasta que no nos llega en carne propia, es una hipótesis. Un hijo mío está jugando en la casa con los adolescentes y en eso se rompe un vidrio porque está empujando una ventana. Saca el brazo y se corta pero hasta el hueso por fortuna yo estaba ahí presente, era un sábado, si no, se muere. Entonces tuve que amarrarle con la corbata y llegamos al hospital pero yo como iba, sin zapatos, sin nada porque el chorro de sangre también era impresionante y el automóvil quedó, pues como se lo están imaginando y no entró. Le dije "no le estoy pidiendo permiso, entra porque entra y entramos" y afortunadamente mi esposa venía atrás con ese dinero de plástico bendito que se llama tarjeta de crédito y sólo así.

Ya está operado, ya está, tanto va a ser. Nosotros tuvimos una suerte increíble, si no lo han operado, pues no podría mover los dedos y fue una maravilla el médico que nos tocó, como todos los que están aquí.

El gran problema es las cláusulas que ahora se ponen para que el hospital no responda de nada ¿Quién responde?

Una cosa importantísima es que el hospital quiere salirse de esto que se llama el Derecho Civil. El contrato de prestación de servicios profesionales está en el Derecho Civil y éste tiene normas protectoras para los seres humanos; no así el derecho mercantil que es con propósito de lucro, que es a favor de las personas que son expertas y sobre todo que son comerciantes. Cuando Hipócrates deja de ser médico para convertirse en administrador de un próspero negocio; entonces quiere fundar el hospital distinto de la naturaleza del contrato de prestación de servicios profesionales.

El contrato de prestación de servicios profesionales a diferencia de otros, se llaman "Intuito Persona" porque es por la calidad y las características de, esa persona; de tal manera que si por ejemplo, yo me voy a operar de lo que quiera, desde apendicitis hasta cirugía plástica y entonces de repente dice el doctor "Ahorita lo voy a operar" y se fue y regresa cinco horas después cuando ya pasó la anestesia "Qué tal le fue a usted" Pero quedé en manos de los segundos, terceros y quintos de abordó, pues hay una responsabilidad porque yo no contraté a su tercero de abordó, ni a sus segundas manos. Yo lo contraté a él ¿Por qué lo contrato? Por sus cualidades, por su prestigio, por su sabiduría, por sus habilidades.

Observen que, por ejemplo, una persona cuando va a comprar un automóvil puede ir a cualquier agencia, no me importa quién me lo venda, no me interesa el nombre. Yo no digo, mi señor agente vendedor de automóviles pero sí digo "te presento a mi cardiólogo, no es de todos, es el mío, es nada más para mí". Porque hay esa relación de pertenencia. Si mi papá estuviera enfermo del corazón ¿con quién voy? Pues con el mejor, pero es carero, con el mejor. Pero que no me vaya a poner en segundas manos.

Por qué voy con médico. Porque en los contratos Intuito Persona se genera la confianza. Las mamás no van con el pediatra de junto, "Pediatra día y noche", dice el letrado, se prende y se apaga. No, cruza la ciudad para ir con el pediatra de su confianza. Las señoras van con el ginecólogo de la confianza de su marido.

El hospital dice "Yo me safo". No, ese es un error, ese es el primer error. El hospital no puede decir que se trata de un contrato mercantil y en consecuencia no le son aplicables todas las normas del Derecho Civil y por estas normas del Derecho Civil me quiero referir a que el contrato de prestación de servicios responde, según el artículo 1615 de negligencia, de impericia y de dolo.

De tal manera que aunque lo pongan en un contrato que diga que "El hospital no se hace responsable de negligencia, impericia y dolo", sí forma parte del contrato porque yo no estoy contratando con un hospital simplemente. Quiere el hospital ser nada más un intermediario entre los médicos, debemos pensar que la medicina podría estar caducada y cuántas veces podemos señalar una serie de cuestiones donde el médico que de alguna manera recibe los servicios de ese hospital, bueno, pues lo recibió en forma negligente o con dolo.

Quisiera entonces que en los contratos aparecen las cláusulas de exoneración; es decir, yo no me hago responsable de y aparece la lista. El más frecuente, todos ustedes los han visto, cuando salen del estacionamiento y le pegaron a su coche "así no estaba mi coche", así ya venía, claro que no venía y está todo arrugado de aquí y está pintado de verde. No nos hacemos responsables. A los médicos el Derecho puede parecerles aburrido, sin embargo es necesario señalar que hay ciertos límites y que la salida es

evitar las cláusulas donde se permite exonerar de responsabilidad. En primer lugar, a todo lo que se refiere a los derechos constitucionales en donde está desde el sexo, la raza, las creencias, el honor, la dignidad y claro, la salud, no puede renunciar porque esos derechos básicos son irrenunciables que están en la Constitución. Tampoco pueden renunciarse los derechos privados que afecten de alguna manera el interés público. Los artículos sexto, séptimo, décimo, décimo noveno y décimo sexto del Código Civil regulan perfectamente las cosas a las que puedo renunciar y a las que no. La renuncia tiene que ser clara, porque si no, nosotros pudiésemos no aceptar la renuncia.

Resumiendo, sólo puede renunciarse si en lugar de que diga, "el hospital no se hace responsable de", se señale: "Yo renuncio a exigir la responsabilidad en los siguientes casos": y poner la razón por la cual se acepta la renuncia. De otra suerte, la renuncia sería nula; en primer lugar porque siempre debe interpretarse el contrato a favor de quien no lo redactó, es decir a favor del enfermo, siempre. ¿Por qué? Porque el contrato lo redactan unilateralmente, se llaman contratos de adhesión o condiciones generales de contratación. Segundo, siempre debe observarse la equidad, siempre debe observarse la buena fe y debe señalarse exclusivamente los casos que taxativa y limitativamente se señalan como renunciadas. No puede haber la analogía y en consecuencia, si no se pone la razón por la cual se renuncia, esa renuncia es nula.

Para seguir con las reglas de la Ley Federal del Consumidor, toda cláusula de renuncia de derechos que sea confusa, oscura, equívoca, incomprensible o que vaya contra la publicidad engañosa del propio hospital, sería nula y sería exigible la responsabilidad civil y la responsabilidad moral.

Me hubiese gustado tener un poco más de tiempo para buscar la fórmula de cómo el médico se puede defender del hospital porque ahora el hospital es a veces, enemigo del médico aunque sea su socio accionario. No diría lo mismo de cómo defenderse del enfermo porque ahí lo que se tiene que hacer es prestar un servicio de alta calidad o de excelencia.

Para terminar yo quisiera señalar lo siguiente. Ha aparecido en el mercado globalizado un nuevo fenómeno que está afectando los contratos como por ejemplo: la lealtad o la fidelidad. La finalidad solamente era cuestión del matrimonio, y sin embargo, hoy, los grandes comerciantes buscan la fidelidad del cliente, las señoras médicas que están aquí o las señoritas médicas que están aquí nos podrían decir que esto existe porque son "totalmente palacio" y cómo es que son "totalmente palacio", porque ya descubrieron los comerciantes que invertir millonadas en la publicidad para tener nuevos clientes, no es lo importante sino hacerles la convicción de que regresen al puerto de Liverpool, por eso el palacio de hierro hace lo propio y por eso algunas compañías como Mexicana, si usted viaja con nosotros tiene tantos puntos y además le damos corcholatas para que

compre coca cola, no sé cuántas cosas, o sea la fidelidad es importante y la clásica ventanilla de quejas con la señora con una cara de este tamaño gruñona que preguntaba "¿Qué quiere?", no, pues nada. Cuál es su queja, ah bueno, entonces para la otra puerta. Ahora ya no, es necesario el servicio al cliente y están las señoritas con las minifaldas, por ello se olvida la pregunta que uno iba a hacer. Servicio al cliente o atención al cliente, es eso. Ahora se sabe que si el hospital no da un buen servicio, pues me voy a la competencia. El gran problema es que empieza a haber no-competencia porque alguien anda comprando todos los hospitales y eso se va a llamar monopolio. Me han contado por ahí que es algo que está sucediendo. Sin embargo, el Código Civil mexicano no ha abordado el complejo problema del acto médico en forma directa. Cuando la gente va a hacer su testamento conmigo pues me cuenta su vida y sus milagros, porque si no, no lo puedo hacer; nosotros cuando vamos con ustedes los médicos, tenemos que decirles todo, si no, no pueden hacer un buen diagnóstico. Nos parecemos también en las medidas preventivas; nosotros tenemos un lema: Notaría abierta, juzgado cerrado.

Para que nos vamos a tribunales, mejor vamos a arreglarnos y por eso el notario es un buen mediador. No le estoy quitando trabajo al señor árbitro. Pero hay otra figura que se llama mediación, porque a veces hay pacientes profesionales del conflicto y hay pacientes que no entienden el problema y quieren sangre contra el médico.

El caso de la señora que la operan de x cosa de la matriz pero la operaron de más y entonces ya no siente nada. Esa señora quiere "sangre" porque cómo vuelve a sentir, pero ni con el galán médico que anda por aquí; entonces qué es lo que vamos a hacer. Bueno, entonces aparece otra figura que se llama la mediación.

Nos parecemos mucho y entonces yo creo que nos debemos a nuestros clientes, ustedes los llaman pacientes y ustedes más que nosotros porque va de por medio no sólo el dolor sino la vida. Estoy encantado de haber estado con ustedes, son tres temas: relación cliente-médico, en ese cómo prevenir el conflicto, cómo manejar el conflicto es un segundo problema y cómo resolverlo a través del arbitraje.

Siguiente tema, el médico frente al hospital que se convierte en su enemigo.