

El Contrato de Servicio Médico y la Responsabilidad del Médico

WALTER GUTIERREZ CAMACHO
Profesor de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Lima
(Contratos Parte General)

I. INTRODUCCIÓN.

1. Desde la época en que se aceptaba el daño como una fatalidad hasta nuestros días, el derecho ha cambiado profundamente. Ya no es el mal hado el culpable de nuestros infortunios; hoy la responsabilidad adquiere mayor trascendencia, y en cierta modo puede afirmarse que la importancia que damos a este tema indica hasta qué punto vivimos o no en una sociedad civilizada.

Ya no es posible echarle la culpa de nuestras desgracias al destino o peor aún a Dios, tal como en sociedades anteriores a la Revolución Francesa, en las que Dios era la justificación y la explicación de todo, el garante de las instituciones y el respaldo de la autoridad, pero en especial de una serie de privilegios e impunidades que se justificaban en razones divinas. En este sentido Dios ha muerto, no es posible utilizarlo más como coartada para justificar la irresponsabilidad por el daño que se produce. El fin de las razones teológicas en asuntos terrenos, significó también el derumbe de los privilegios y el consiguiente desarrollo de la responsabilidad civil. Por fin el hombre no es más víctima de su "destino", no más esa sensación de fatalidad que condenaba al hombre común a la resignación cuando tenía la desgracia de sufrir un daño. En esta medida puede decirse que el hombre de hoy es más libre; pero como sabemos, libertad y responsabilidad son dos caras de una misma moneda, no es posible concebirlas separadamente. De ahí, que Kant al definir el derecho como una coexistencia de libertades, implícitamente señala que el derecho es una coexistencia de responsabilidades.

Puede afirmarse por ello, que vivimos en la sociedad de la responsabilidad, en este sentido nues-

tra época se revela más justa; pero sería un error pensar que a esta situación se ha llegado tan sólo por razones éticas o exclusivamente jurídicas; en el camino para alcanzar el estado actual en que nos encontramos han concurrido diferentes causas entre las que se hallan -además de las éticas y jurídicas- las económicas, ideológicas y sociales. Cuando una sociedad por medio de su derecho sanciona el principio general que prescribe "el deber de no dañar a otro", lo hace no sólo por motivaciones morales, sino también por razones de eficiencia económica, pues una sociedad en la que no se reparan los daños inevitablemente tendrá una economía ineficiente.

2. El estudio de la problemática jurídica que genera la relación médico-paciente se encuentra ampliamente justificado no sólo por razones dogmáticas, sino principalmente por la relevancia de esta relación en la sociedad. Dicha problemática se halla constituida básicamente por la determinación del tipo de contrato que vincula a las partes -cuando se trata de un contrato- y la responsabilidad del médico; ésta si bien es cierto es un capítulo en la denominada responsabilidad profesional, no hay duda que se trata de la más importante, dada la función que cumple el médico en la sociedad. El presente trabajo pretende ofrecer un panorama general de la responsabilidad del médico con énfasis en el contrato de servicio médico al consumidor y su consecuente responsabilidad.

II. EL CONTRATO DE SERVICIO MÉDICO.

3. Antes de seguir avanzando, detengámonos un instante para definir qué entendemos por Contrato de Servicio Médico. Es aquél por el cual el médico directamente o mediante una entidad

prestadora de servicios de salud, realiza a favor del paciente un acto médico generalmente a cambio de una retribución. En este caso, la relación jurídica que se genera entre el médico y el paciente es un contrato, no obstante, no siempre es posible sostener esta afirmación, pues hay circunstancias en las que no hay contrato. Tal como sucede en los siguientes casos:

- a) cuando un paciente llega inconsciente por emergencia a una clínica y es atendido por un médico. Es difícil afirmar que en este caso estamos frente a un contrato, pues resulta claro que falta el elemento fundamental de todo contrato: el acuerdo, el consenso de voluntades para su celebración.
- b) lo propio sucede cuando el paciente es llevado ante el médico por un pariente o un amigo; sin embargo, en este caso podríamos decir que hay un contrato en favor de tercero, aquí las partes son el médico y el pariente o amigo.
- c) tampoco hay contrato entre médico y paciente, cuando éste se atiende mediante un seguro o cuando concurre a una clínica u hospital, pues la relación contractual se da entre dichas instituciones y el paciente.
- d) se halla también ausente la relación contractual, cuando se presta atención médica contra la voluntad del paciente, situación que puede presentarse cuando el médico asiste a quien pretendió suicidarse.
- e) por último, no hay contrato cuando el médico atiende a una persona en situación de emergencia, en la vía pública, producto de un accidente.

Sin embargo, en los ejemplos puestos, para un importante representante del Análisis Económico del Derecho como es Posner¹, se daría un "contrato implícito", dado que sería excesivamente costosa una transacción voluntaria. En efecto, una persona cuya salud se halla gravemente en peligro no puede detenerse a negociar los términos de ningún contrato, pues el costo de dicha transacción

podría ser su vida. En tales circunstancias, el derecho debe entender que de no haber mediado dichas circunstancias las partes habrían llegado a celebrar un contrato, y los términos de ese contrato han de ser los comunes a esa transacción. Se recurre así a una ficción que nos permite salir del entramamiento y contar con una regulación para esa situación.

III. CARACTERES DEL CONTRATO DE SERVICIO MÉDICO.

4. En cuanto al tipo contractual de que se trata, mayoritariamente la doctrina lo considera como una locación de servicios, superando las posturas que lo calificaban como un mandato o contrato de trabajo e incluso como un contrato atípico. No obstante ser dominante la posición que advierte en esta relación un contrato de locación de servicios, esta figura se ve enriquecida por su importancia, derivado del bien que el médico pretende restablecer y por la variedad de circunstancias en que se puede presentar. Eso nos conduce a afirmar que éste no es cualquier contrato de locación de servicios, y que incluso en ocasiones, puede dejar de serlo para convertirse en un contrato de obra; llegando en otros casos a transformarse en un contrato atípico, como sucede cuando el médico presta sus servicios gratuitamente, pues al no haber remuneración no puede calificarse como locación de servicios, ya que falta la onerosidad que es propia de esta figura. También es atípico el contrato cuando el paciente es hospitalizado, así lo revela la complejidad y el número de prestaciones que se presentan en este caso: servicio de habitación, alimentación, limpieza, asistencia médica, etc. Todos ellos estrechamente vinculados.

5. Por otra lado, desde el punto de vista de las prestaciones estamos ante un contrato de cambio, es decir, de prestaciones recíprocas. Tal afirmación no es irrelevante pues permite saber que le son aplicables todas las figuras propias de esta clase de contratos. También debe ser calificado, como ya se adelantó, de oneroso, pues el médico tiene derecho a la remuneración pactada. Si no se hubiese pactado esta remuneración el Código Civil esta-

1. POSNER Richard, "El análisis económico del derecho", F.C.E., México, 1998, pág. 131

blece que se determinará según las tarifas profesionales (art. 1767). Con relación a este punto conviene aclarar que tal referencia es actualmente inútil, pues las tarifas profesionales, convenidas por los gremios, se hallan proscritas por la legislación sobre protección de la libre competencia (D. Leg. 701); de manera que la remuneración deberá ser determinada de acuerdo a los usos o con relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados. Sin embargo, hay que puntualizar que tratándose de un contrato con prestaciones recíprocas, un servicio prestado sin los recaudos mínimos de calidad y eficiencia en la prestación del servicio no debe ser retribuido, porque equivale a la no prestación del servicio prometido. La conducta del médico debe ser la debida, conforme a las circunstancias del caso, la esperada por el acreedor (el paciente) y la que cabe confiar por la índole del deudor. No obstante, un servicio prestado, aunque no se alcance la salud, aunque el paciente fallezca, debe ser retribuido, puesto que el contrato no admite este condicionamiento en cuanto a la retribución².

6. Otra de las características que se puede predicar de este contrato es su carácter *in ius* persona, pues a menudo, aunque no necesariamente, se celebra por las calidades del médico o de la clínica. En tal sentido el contrato no es transferible; sin embargo, está perfectamente permitida la interconsulta e incluso la derivación del paciente a otro galeno por razones de especialidad.

7. Cuando se estudian las características del contrato de servicio médico no puede dejar de considerarse que con frecuencia el contrato se celebra verbalmente, omitiéndose su documentación; en otras ocasiones se celebra mediante cláusulas generales de contratación, convirtiéndolo de esta manera en un contrato masivo. A esto hoy que añadir que la mayoría de contratos de servicio médico son contratos de consumo, lo que los ubica en un género especial que agrava las responsabilidades del médico. Todo lo cual será tratado más adelante.

8. Por último, debemos considerar el contrato de servicio médico como un contrato asimétrico, en

el sentido de que una de las partes tiene superioridad técnica sobre la otra. Desde este punto de vista se trata de un contrato desigual, pues el paciente es ajeno al conocimiento de la ciencia médica. Lo único que sabe es que se encuentra enfermo, y precisamente esta condición agudiza la asimetría, llevándolo en ocasiones a "aceptar" cualquier tratamiento. Como veremos luego, la información tiene en este contexto una especial función tratando de olvidar esta desigualdad.

IV. NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES DEL MÉDICO.

9. Uno de los temas más arduamente debatidos, en la doctrina civilística moderna, es el referido a la naturaleza de las obligaciones del médico. Antes de ocuparnos de este debate, conviene que nos detengamos brevemente para aclarar algunos conceptos referidos al Derecho de las Obligaciones. Como se sabe una de las maneras de clasificar las obligaciones es distinguirlas entre obligaciones de medios y obligaciones de resultados. Cuando se trata de obligaciones de medios o de diligencia el interés del acreedor se centra en la actividad del deudor; cuando se trata de obligación de resultados se centra precisamente en el resultado. Esto no quiere decir que en el fondo, en un contrato, con obligación de medios no exista interés del acreedor por el resultado, ciertamente existe, pero sabe que dicho resultado no depende exclusivamente de la conducta del deudor.

"En el caso de la prestación médica: aquello a lo que el deudor se obliga (normalmente salvo pacto en contrario) es a la prestación de una serie de curas y cuidados con arreglo al nivel técnico exigible de un buen profesional. En la prestación de estas curas diligentes el acreedor está efectivamente interesado, y lo está porque sólo a través de ellas puede (como medio necesario, pero no siempre suficiente) obtener su interés primario y último"³.

Puede advertirse entonces, que la línea que separa estas dos clases de obligaciones es a veces muy difícil de distinguir, pues acontece que las partes pueden convenir que la obligación sea de resultados, pese a que ordinariamente dicha obliga-

2. Cfr. MOSSÉ ET BURRASQUE J., LORENZETTI R., "Contratos Médicos", La Boca, Buenos Aires, 1991, pág. 84.

3. JORDANO FRAGA F., "La Responsabilidad Contractual", Ed. Civitas, España, 1987, pág. 173.

ción sea de medios. De este modo, una misma obligación puede ser de medios o de resultados según se desprenda de la voluntad de las partes, de suerte tal que un profesional puede comprometerse a la prestación de un resultado concreto en vez de a una actividad diligente⁴.

Así, la relevancia de la distinción se coloca en el plano del cumplimiento. La realización de la actividad diligente basta para que la obligación de medios se considere cumplida, aunque el interés primario del acreedor no se realice. El médico cumple y se libera, prestando una cura diligente, aunque el enfermo no llegue a curarse. Es la conducta diligente el contenido de la obligación. Cosa distinta acontece cuando se pretende cumplir una obligación de resultados: aquí no basta con ser diligente, es necesario alcanzar el resultado comprometido y esperado por el acreedor.

No obstante, como ya quedó anotado, hay ocasiones en que la distinción se relativiza; y es que en cierto modo todas las obligaciones son de resultados, pues el acreedor siempre persigue algo con el cumplimiento de dicha obligación; en un caso, el resultado que se busca se encuentra vinculado al cambio de la realidad —la construcción de un puente, pintar una pared—; y en el otro, el resultado que se persigue es un comportamiento, un modelo de conducta necesariamente diligente. Para decirlo con expresiones de Alferrini: la diferencia entre las obligaciones de medios y de resultados no es ontológica, pues estas "medios" constituyen en sí mismos "resultados", pero siendo el objeto de la obligación distinto en ambos casos: en las obligaciones de resultado el acreedor tiene la expectativa de obtener algo concreto, en tanto que en la de medios sólo aspira a cierta actividad del deudor que no le ha prometido concretamente nada, sino que el deber se agota con la actividad misma⁵.

En realidad en toda obligación es posible encontrar medios y resultados; y como es imposible hallar a un contratante indiferente al resultado, la forma como calificamos la obligación dependerá en

gran medida de la decisión de las partes, de este modo el énfasis que se ponga en los medios o en los resultados determinará la diferencia.

V. OBLIGACIONES QUE NACEN DEL CONTRATO. OBLIGACIONES DEL MÉDICO.

10. Hemos dejado establecido que mayoritariamente se considera a la obligación del médico como de medios; sin embargo, también hemos dicho que ésta no puede ser considerada como una afirmación absoluta. Para esclarecer mejor este tema interesa conocer cuál es el contenido de las prestaciones a las que se compromete el médico.

A respecto debemos decir que en línea de principio, tal como lo establece la jurisprudencia argentina: "el médico no puede asumir el compromiso de conservar la vida o curar la enfermedad, sino sólo le es dable comprometerse a prestarle al enfermo, diligente e idónea atención, sobre la base de las reglas del arte de la medicina y de su evaluación. No se compromete a obtener un resultado, sino tan sólo a poner los medios necesarios para lograr esa buscada finalidad"⁶.

De igual modo la conducta profesional del médico deberá estar gobernada por los principios del cumplimiento de las obligaciones, en este sentido deberá realizarse de manera diligente, oportuna, integral, indivisible y preservando la identidad del pago.

11. Revisemos ahora el contenido de la prestación del médico:

- a) Sin duda una de las obligaciones más importantes del médico es la de informar. Ésta, al propio tiempo que una obligación del médico es un derecho del paciente, sancionada por la ley⁷. Tal información deberá ser veraz, oportuna y completa, respecto al proceso y evolución de la enfermedad del paciente; sobre las características del servicio, las condiciones económicas de la prestación y los demás términos y condiciones del servicio. Asimismo, dicha información

4 Cf. JORDANO FRAGA, op.cit., pág. 174.

5 ALFERRINI Alferrini, "Curso de Obligaciones", Abeledo Perrot, Argentina, 1991, T.II, pág. 165.

6 Cf. GERSHIC, "Responsabilidad por prestación médica asistencial", *Homenajes*, B.A.S., 1987, pág. 18.

7 Ley 26842, art. 15, Ley General de Salud.

deberá suministrarse en términos comprensibles para el paciente, de manera completa y continuada sobre su proceso, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de los medicamentos que se le prescriban y administren. Toda esta información se halla encaminada a que el paciente pueda expresar su consentimiento informado, previo a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento o eventualmente negarse a éste.

La obligación de información se extiende a la prescripción de medicamentos, en tal sentido el médico deberá informar sobre los riesgos, contraindicaciones, reacciones adversas e interacciones que su aplicación puede ocasionar y sobre las precauciones que debe observarse para su correcto uso⁸.

No obstante lo expresado, en ciertas cosas es posible que el médico considere que la información puede atender contra la evolución del paciente, en dicha circunstancia tendrá que informar al paciente más próximo del estado de salud del enfermo.

- b) El médico también tiene a su cargo una obligación negativa, consistente en guardar el secreto profesional. En efecto, le es exigible al médico la reserva de la información relacionada con el acto médico y su historia clínica, con las excepciones que la ley establece. En tal sentido, toda información relativo al acto médico tiene carácter reservado⁹. Tal obligación se extiende a todo profesional de la salud, técnico o auxiliar, que haya participado en el acto médico o incluso en el que simplemente tiene conocimiento. Esta obligación viene impuesta por el derecho a la intimidad del paciente.

Sin embargo, existen situaciones en las cuales se le exime al médico de esta obligación de reserva:

- Cuando exista consentimiento por escrito del paciente;

- Cuando se le requiera dicha información por la autoridad judicial competente;
- Cuando se utilice con fines académicos o de investigación científica, siempre que la información obtenida de la historia clínica se consigne en forma anónima;
- Cuando sea proporcionada a familiares o allegados del paciente con el propósito de beneficiario siempre que éste no lo prohíba expresamente;
- Cuando se trate de enfermedades y daños de declaración y notificación obligatorias, siempre que sea proporcionada a la autoridad de salud;
- Cuando sea proporcionada a la entidad aseguradora o administradora de financiamiento vinculada con la atención prestada al paciente siempre que fuere con fines de reembolso, pago de beneficios, fiscalización o auditoría; y;
- Cuando sea necesaria para mantener la continuidad de la atención médica al paciente.

De igual modo, la obligación de reserva se relativiza en los casos en los que el facultativo atiende a una persona herida por arma blanca, herida de bala, accidente de tránsito o por causa de otro tipo de violencia que constituya delito perseguible de oficio o cuando existan indicios de aborto criminal, pues en todos estos casos el médico está obligado a informar a la autoridad competente.

- c) El médico se halla también obligado a elaborar la historia clínica.
- d) En general el médico deberá contar con el consentimiento del paciente para la iniciación de cualquier tratamiento, con las excepciones que las circunstancias lo exijan, pero en ningún caso podrá someter al paciente a exploración, tratamiento o exhibición con fines docentes sin el asentimiento de éste.

⁸ Art. 26 de la Ley General de Salud, Ley 26842

⁹ Véase Ley 26842, art. 25.

- e) De idéntica manera el médico no pueda, sin contar con el consentimiento debidamente informado del paciente, realizar experimentación para la aplicación de medicamentos a tratamientos. No se considerará informado al paciente si no se le hace conocer la condición experimental de éstos y de los riesgos que corre; en cualquier caso dicho consentimiento deberá expresarse por escrito, por el paciente o por la persona llamada legalmente a dafío.
- f) También se encuentra obligado el médico a elaborar y entregar el informe de alta al finalizar la estancia del paciente en el establecimiento de salud y, si éste lo solicita también deberá extenderle copia epíctis y de su historia clínica.
- g) Por otra parte, el médico está obligado a contar con la autorización escrita del paciente para toda intervención quirúrgica o de alto riesgo, tal como se desprende del art. 27 de la Ley General de Salud.
- h) Dada la condición de profesional que tiene el médico, éste también se encuentra obligado, para cumplir satisfactoriamente con su prestación, a estar al día con los avances de su ciencia. Sobre los alcances de esta obligación nos ocuparemos en el punto referido a la responsabilidad del médico.
- i) Tratándose mayoritariamente el contrato de servicio médico, de un contrato de consumo, al médico se le impone la obligación de garantía tácita, tema que desarrollamos en el punto 22.

VI. OBLIGACIÓN DE INFORMAR EN EL CONTRATO DE SERVICIO MÉDICO.

12. Ya hemos destacado anteriormente el importante papel que juega, en el contrato de servicio médico, la información. Tal relevancia se manifiesta tanto en la fase precontractual como en la fase de ejecución del contrato. En este sentido, se ha señalado que para que exista un pleno consentimiento es preciso que el paciente se encuentre adecuadamente informado. Nuestro derecho lo ha reconocido así en la propia Ley General de Salud, art. 15.

La necesidad de destacar la importancia de la información se halla asociada al hecho de que el incumplimiento de esta obligación influye decisivamente en la determinación de la responsabilidad del médico: tal relevancia se funda en que la obligación de informar tiene autonomía propia; en este sentido, el médico puede haber actuado con absoluta diligencia en el ejercicio de la técnica curativa, y sin embargo, ser responsable por no haber informado adecuadamente al paciente de las consecuencias del tratamiento. De esta manera la doctrina ha diferenciado el deber de actuar conforme a las reglas de la profesión de la obligación de informar¹⁰.

Deberá por tanto, prestarse especial cuidado en el cumplimiento de la obligación de información, en este sentido no es suficiente que se proporcione abundante información, pues el derecho de información del paciente no es un mero lema de confidat sino también de oportunidad y calidad de información. En tal virtud, la obligación no se agota en la información sobre el diagnóstico, pronóstico y tratamiento sino que se extiende a lo largo de la ejecución del contrato. En este sentido, el médico se encuentra obligado a informar en todo momento al paciente de la evolución de la enfermedad y de los resultados del tratamiento.

Un reciente trabajo de la doctrina española¹¹ ha determinado que el punto crucial del deber de información se encuentra en el tratamiento, pues si bien el contrato de servicio médico incluye el diagnóstico (entendido éste como el reconocimiento de la enfermedad que padece el paciente) y el pronóstico (entendido como la representación mental del facultativo acerca de la previsible evolución del paciente), el consentimiento se da sobre el tratamiento. Siendo esto así, parece difícil aceptar un tratamiento sin tener previamente conocimiento de todo lo relacionado con él. Nosotros no participamos plenamente de este criterio, pues no creemos que pueda independizarse el tratamiento del diagnóstico y del pronóstico, en la medida en que sólo conociendo cabalmente del diagnóstico y pronóstico, el paciente podrá decidir sobre los riesgos que eventualmente puede ofrecer un determi-

10. Cf. SÁNCHEZ GÓMEZ F., "Contrato de Servicio Médico y Contrato de Servicio Hospitalario", *Temas*, España, 1998, pág. 47.

11. SÁNCHEZ GÓMEZ, op. cit., pág. 57.

nado tratamiento, por lo tanto la información debe abarcar todas estas actividades del médico.

Sin perjuicio de lo expresado en el párrafo anterior, debemos destacar que la obligación de informar se agudiza y su cumplimiento deberá ser más escrupuloso en la medida que el tratamiento revista mayor peligrosidad. Con relación a este punto el Código de Ética del Colegio Médico ha establecido que: "el médico no debe exponer a su paciente a riesgos injustificados y deberá pedir la autorización escrita que exprese su consentimiento informado para aplicar tratamientos especiales, realizar procedimientos riesgosos o practicar intervenciones que puedan afectarle física o psíquicamente o dejar secuelas." Conviene tener presente esto, pues el cumplimiento de esta obligación se halla estrechamente vinculada con la responsabilidad del médico.

VII. EL CONTRATO DE SERVICIO MÉDICO AL CONSUMIDOR.

13. Con relación a este tema, el derecho peruano ha optado por una posición que puede ser calificada de vanguardista, pues en efecto, incluye en los alcances de la Ley de Protección al Consumidor, a los profesionales liberales según lo establece el art. 2 del D. Leg. 716. Esto es de inculcable importancia para el ejercicio profesional, ya que a partir de dicha norma la mayoría de contratos que celebren los profesionales con sus clientes o pacientes son contratos de consumo¹², generándose obligaciones agravadas para el profesional. En otros términos, las obligaciones de los profesionales ya no serán sólo las que nacen de un común contrato de prestación de servicios, sino que se compromete, por imperio de la Ley de Protección al Consumidor a cumplir con otras obligaciones legales, especialmente la de información, así como con la obligación tácita de garantía de un servicio idóneo, lo que, como hemos dicho, agudizará la responsabilidad del profesional, generando lo que Indecopi denomina una responsabilidad "objetiva", de la que nos ocuparemos luego.

14. Pero ahora nos interesa dilucidar si es conveniente que los servicios profesionales, particularmente el servicio médico, sean considerados como contratos de consumo. El tema que se plantea no es fácil, pues en la legislación comparada se han adoptado posturas distintas. Por ejemplo en Argentina, se ha adoptado una posición totalmente contraria a la establecida en el Perú, ya que en su Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario excluye expresamente a los profesionales y a los servicios que estos prestan de los alcances de la aplicación de dicha ley: "No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello" (art. 2).

Como ya se expuso líneas arriba, en nuestro país se ha consagrado legislativamente que los servicios profesionales están incluidos en los alcances del D. Leg. 716, por lo que para la ley, el profesional es un proveedor que cada vez que contrata con un destinatario final de sus servicios (un consumidor), perfecciona un contrato de consumo. En este sentido, cuando un médico, clínica u hospital contrata directamente con un paciente hay un contrato de consumo.

15. Ahora bien, en cuanto a la conveniencia o no, de incluir a estos contratos dentro de los alcances del Derecho de Consumo, no vacilamos en expresar nuestra adhesión; somos de esta posición porque creemos que militan en esta postura razones atendibles que a continuación se expondrán. Los argumentos que se van a esgrimir se encuentran vinculados al contrato de servicio médico, pero en general puede extenderse a cualquier contrato de servicios:

- a) En todo contrato de consumo hay una asimetría informativa, el proveedor tiene información de la que carece el consumidor. Esto hace que el contrato sea asimétrico, es decir, que no se realice en igualdad de condiciones. En el con-

¹² Sobre los alcances del contrato de consumo puede consultarse nuestro trabajo: El contrato de Consumo y la crisis de la contratación clásica, publicados en el Libro "Contrato y Mercado", DE LA PUENTE Y LAVALLE, CÁRDENAS QUIRÓS, GUTIÉRREZ CAMACHO (Walter, Gaceta Jurídica, Lima, 1999

trato de servicio médico, el paciente es un contratante débil, pues carece de información del contenido de la prestación del médico, y aun cuando sea informado, eso no equilibra el contrato, pues sobrevive la llamada superioridad técnica que posee el profesional frente al consumidor.

- b) Concurentemente estos contratos son contratos masivos, es decir, se realizan mediante cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión, lo que agudiza la inferioridad contractual del paciente.
- c) Una de las razones que puede argüirse para no incluir a los contratos de servicio médico como contratos de consumo, es que no es lo mismo que un paciente contrate con un médico a que lo haga con una clínica, en cuyo caso sí debería tratarse como un contrato de consumo. En nuestra opinión nada cambia si se contrata con una clínica o directamente con el médico, pues con independencia de con quien se contrata; seguro, clínica o médico; el paciente siempre será un consumidor, y la otra parte siempre tendrá una superioridad técnica e informativa.

A lo dicho hay que añadir que los contratos celebrados entre médicos y pacientes no escapan de la lógica del mercado, que inevitablemente presenta siempre una relación asimétrica en los actos de consumo. Como ya se adelantó, esta asimetría está fundada en la debilidad del consumidor. El consumidor es un contratante débil, porque carece de lo más importante para ir en situación de paridad a celebrar un contrato: la información. Y en estos contratos, ciertamente, no cualquier información sino una información relacionada con su enfermedad y con su tratamiento. Carece por tanto, de la llamada información relevante, que es la información determinante para la toma de decisión en el acto de consumo. No es ocioso recordar que cuando hablamos de contratante débil no nos referimos a un consumidor en particular sino a una categoría general, pues ciertamente en casos singulares el consumidor se puede hallar igual o más

informado que el profesional. No obstante, su condición normal será de desinformación.

Es preciso entender que la categoría de consumidor es la respuesta jurídica a las inevitables disfunciones del mercado. Se es contratante débil porque se adolece de un déficit de negociación y de un déficit de reflexión generado por un déficit de información¹³. La situación del paciente en el contrato de servicio médico es aún más crítica que la de cualquier consumidor, pues a su situación de desinformación concurre además su condición de enfermo que a menudo puede enturbiar su pensamiento y apresurar su decisión. No hay nada que nos lleve a considerar que el paciente no es un consumidor, de modo que no debe espantarnos que estos contratos sean calificados como contratos de consumo. Que se califique a los contratos de servicio médico como contratos de consumo no tiene nada de irreal ni de exagerado, sino más bien es una respuesta realista del derecho frente a lo que acontece en el mercado.

VIII. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO.

16. Tal como lo afirmó Nino siguiendo a Hart¹⁴, el término "responsabilidad" tiene varios sentidos, tanto en el lenguaje común como en el lenguaje jurídico. Estos sentidos pueden ser los siguientes:

- a) La responsabilidad que se tiene por ocupar un cargo o por estar ubicado en una determinada situación jurídica, esto es lo que sucede cuando decimos que el capitán es responsable por la seguridad de los pasajeros;
- b) Responsabilidad en el sentido de factor causal: cuando se afirma que el responsable de "la pérdida del buque" fue la conducta del capitán o cuando se dice que el responsable de tal hecho fueron las condiciones del tiempo;
- c) Responsabilidad como capacidad o como estado mental: cuando se utiliza el término responsabilidad para referirse al hecho de que se trata de un individuo mentalmente capaz, y por consiguiente jurídicamente imputable. Para el

13. Cf. GUTIERREZ CAMACHO Walter, "El contrato de consumo y la crisis de la contratación civil", p. 157; publicado en "Contrato y Mercado", DE LA PUENTE Y LAVALLE M., CÁRDENAS QUIROS C., GUTIERREZ CAMACHO W., Gaceta Jurídica, Lima 1999

14. NINO Carlos, "Introducción al Análisis del Derecho", Ariel, Argentina, 1984, p. 184 y ss.

derecho es jurídicamente imputable cuando tiene posibilidad de dirigir sus actos y comprender el valor o disvalor ético de aquéllos:

- d) Responsabilidad asociada a lo punible o moralmente reprochable, que es el sentido que adquiere cuando decimos que el juez declaró responsable a fulano.

Cuando en el Derecho Civil hablamos de responsabilidad aludimos principalmente a un deber que como respuesta adecuada, soporta quien ha causado un daño, perjuicio o detrimento. Se parte de la idea que el daño es un disvalor, que nos afecta y que empequeñece nuestra vida y nuestro estera patrimonial¹⁵.

17. Al abordar la Responsabilidad Civil del Médico debemos recordar la clasificación de las obligaciones que señaláramos líneas arriba (obligaciones de medios y obligaciones de resultados). En una obligación de resultados, es el acreedor quien debe probar que el resultado no se ha conseguido; por su parte el deudor sólo se libera si puede demostrar la concurrencia de una causa ajena a su voluntad para la inejecución de la obligación, tal es la que sucede con el caso fortuito o la fuerza mayor. En este caso el incumplimiento se da por razones que son ajenas a la conducta del deudor, y aun cuando el resultado no se alcanza no hay responsabilidad al deudor.

Si partimos del supuesto de que las obligaciones del médico son principalmente obligaciones de diligencia [obligación de medios] advertiremos que la situación es distinta a lo descrito en el párrafo anterior. En efecto, en este tipo de obligaciones juega un papel preponderante la culpa; no importa que el paciente no sane o que el abogado pierda el pleito; habrá incumplimiento, y siempre imputable, cada vez que la actividad no haya sido diligente; y cuando el deudor haya observado la diligencia debida, no es que el deudor se libere de responsabilidad por ser imputable, es que, sencillamente ha cumplido con su obligación¹⁶.

Llegados a este punto debemos preguntarnos si en realidad es posible distinguir en la actividad

médica aquellas intervenciones en las cuales puede hablarse de obligaciones de resultados. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han identificado ciertos casos en los que cabe garantizar el resultado: v.gr. cirugías estéticas. El argumento que suele esgrimirse para justificar el compromiso del resultado, es que difícilmente puede calificarse de enfermo a quien se somete a este tipo de intervenciones, y que en todo caso sólo lo hará si tiene cierta certeza sobre el resultado.

Si esto es así, en caso de incumplimiento al paciente le bastaría con probar la no obtención del resultado, lo que sería relativamente fácil, mientras que el médico deberá probar que el incumplimiento no se debió a su conducta (ruptura del nexo causal) y que por lo tanto no le es imputable. Desde nuestro punto de vista en los servicios médicos son exóticos los contratos en los que el gofeno se compromete a la obtención de un resultado, pues la actividad médica posee una aleatoriedad inevitable e invencible.

Por eso la obligación del médico debe ser calificada como una obligación de diligencia, en la que no será posible adelantar mediante la mera constatación de la obtención o no de los resultados, ningún presupuesto de responsabilidad. De esta manera puede afirmarse que en el contrato de servicio médico el interés contractual es diferente al interés último del paciente: curarse; ciertamente este objetivo será perseguido por el médico, pero no es objetivo del contrato, pues éste se cumple con una conducta diligente por parte del médico, con independencia que la curación del paciente se alcance o no. De este modo la falta de diligencia es la clave de bóveda para determinar la responsabilidad contractual, así la falta de diligencia se opone al incumplimiento.

18. Un tema inevitable cuando se aborda la responsabilidad profesional, es el referido al art. 1762 del Código Civil. Una interpretación exclusivamente literal del referido artículo puede llevarnos a suscribir las expresiones de G. Alpa: "La historia de la culpa profesional es historia de privilegios e inmunidades: los privilegios de la categoría de los profes-

15. Cf. MOSSET JURRASPE, y otros, "Responsabilidad civil", Hammurabi, Buenos Aires, 1997, pág. 21

16. Cf. YZQUIERDO TOLSA, "Directrices generales de la responsabilidad profesional, en la responsabilidad" (libro homenaje al profesor Isidro Gótzemberg), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 589

signos, dirigidos a obtener una disciplina diferenciada de la propia actividad e inmunidad derivada de actividad.¹⁷ Como se recordará el texto del citado artículo dice: "Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable"¹⁸.

A nuestro juicio es inadmisibles una interpretación del citado artículo que conduzca a un tratamiento jurídico diferenciado respecto a la actividad profesional. En este sentido, no puede afirmarse que exista una específica responsabilidad profesional a la que le sea aplicable un régimen especial, no existe una razón atendible para esto, una interpretación distinta nos llevaría a sancionar un régimen privilegiado. La interpretación que ha de hacerse del art. 1762 es aquella que sólo admita las especiales dificultades técnicas de la prestación que hacen que el profesional sólo responda por dolo o culpa grave; en otros términos, si la prestación profesional es aquella de las que pueden calificarse de normales en el ejercicio profesional, inevitablemente el profesional se halla sometido a las reglas generales. En este sentido la expresión "problemas técnicos de especial dificultad" alude a casos concretos en que el cumplimiento de la prestación se dificulta, pero de ningún modo puede ser interpretado como la regla, sino más bien como un caso extraordinario o excepcional; ya sea porque la ciencia aún no lo haya estudiado o porque en la práctica admite diversos vías de solución entre las que el profesional pueda escoger¹⁹.

Cabe añadir que la carga de la prueba sobre el grado de dificultad que ofrece el servicio es de cuenta del profesional, y en todo caso, la regla es que se presume la culpa leve. Tal como lo tiene establecido la jurisprudencia italiana respecto del art. 2236, que es el antecedente del art. 1762 de nuestro Código, la carga de la prueba para determinar

si se trata o no de "problemas técnicos de especial dificultad" recae sobre el profesional. Lo que tiene total fundamento, pues es él quien está en mejor posición de probar esto y quien además pretende excluirse del régimen general.

19. Por otro lado, cuando se estudia la responsabilidad profesional no puede dejar de considerarse que quien ejerce una profesión está obligado a tener los conocimientos suficientes para ella; no basta poseer un título universitario porque el progreso de las ciencias en unos casos y las nuevas complicaciones que van surgiendo en otros, imponen una diligencia posterior a la obtención del título académico²⁰. De este modo quien concurre al mercado para ejercer una profesión está obligado a encontrarse actualizado respecto a los avances de su ciencia; no obstante, es posible que se encuentre ignorante del "conocimiento de la propia falta de competencia", en tal caso hay culpa sólo si realmente existió la posibilidad de encontrarse al día.

Así, no le es admisible al abogado ignorar la derogación de una ley que favorece a su cliente, como tampoco es tolerable que el médico prescriba un medicamento cuyos perjuicios colaterales, para ciertos pacientes, son de tal magnitud que han sido prohibidos. Desde luego, el conocimiento actualizado es exigible a cualquier profesión, pero adquiere especial importancia en la medicina porque los valores que compromete son esencialmente extrapatrimoniales.

20. Un tema inevitable en materia de responsabilidad civil y que hoy día se abre paso en esta disciplina es el daño al proyecto de vida; en efecto, cuando se aborda la responsabilidad civil en general, pero en especial la del médico, no puede pensarse dentro de las coordenadas meramente patrimonialistas, y en ciertos casos tampoco es suficiente acudir al daño moral, es preciso recurrir a un concepto que permita, si es posible, una reparación más integral acorde con el daño causado.

17. AIPA, Guía, Responsabilidad Civil e Damno Inreparabile a quest'ora, pág. 356

18. Sobre los alcances de este artículo se han ocupado en la doctrina nacional CÁRDENAS QUIROS C., *Aequitas*, N° 2, Lima, s/f; ESPINOZA E., Juan., J. WOODCOFF OYAGUE *Oleña*, Il. art. 1762 del C.C. de 1984: ¿Principio de Responsabilidad e Inresponsabilidad Profesional? en *Aequitas*, N. 2, Lima s/f, pág. 149

19. Cf. WOODCOFF OYAGUE *Oleña*, op. cit., pág. 149

20. BORRE Maco, *Responsabilidades derivadas de culpa arquitectónica*, op. cit. por PÉREZ YARGAS, *La Responsabilidad civil médica por daños a la integridad física*, pág. 425, en B Código Peruano y B Sistema Jurídico Latinoamericano, edit. Cuca S.A., Lima, 1996.

En esta línea, Fernández Sessarego, escapando de una visión patrimonialista pone énfasis en la persona y construye la tesis del daño al proyecto de vida. Basado en la singular calidad ontológica del ser humano que nos hace únicos e irrepetibles y que explica su particular dignidad, sostiene el mencionado autor, que existen atributos que por su calidad espiritual, requieren de una protección diferencial a aquella que históricamente se han dispensado a las cosas del mundo²¹.

Veamos brevemente en que consiste este planteamiento. Partiendo de la anterior perspectiva, el profesor Fernández Sessarego sugiere una exitosa tesis que ha encontrado eco no sólo en proyectos legislativos extranjeros (Proyecto de nuevo Código Civil argentino de 1996), sino también en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reciente sentencia. Tal tesis consiste en que lo fundamental, para una cabal reparación, es que el daño a la envoltura psicosomática es distinto al daño que afecte la libertad de la persona, que es el sustento existencial del hombre²². En otros términos, tanto el daño físico como el daño psíquico son de distinto grado que uno que incide en la libertad, pues este último compromete la capacidad de decisión del hombre en la medida que reduce su posibilidad de escoger sobre cómo vivir su propia vida. La modelo que se somete a una cirugía estética, para mejorar su rostro, y es víctima de una mala práctica médica, no sólo sufre un daño físico y psíquico, sino que compromete todo su proyecto de vida, su futuro; por tanto, tal hecho violenta su libertad.

En la medida en que el hombre proyecta su vida, es decir, la lanza al futuro como él desea o sueña vivir, la enriquece; de ahí que un daño que quillone tal proyecto es particularmente grave y deberá ser reparado acorde con tal gravedad. El mayor daño que se le puede causar a una persona es la frustración, menoscabo o retraso en la realización de su proyecto de vida, porque en esencia compromete su futuro.

Desafortunadamente en muchos casos una mala práctica médica puede llegar a afectar el

proyecto de vida del paciente; en tal caso ya no se trata como se ha visto de un daño que afecte sólo la envoltura psicosomática de la persona sino que compromete su libertad al reducirle o eliminarle sus opciones, empobreciendo de este modo su existencia.

IX. LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO EN EL CONTRATO DE CONSUMO.

21. Como ha quedado expuesto el contrato entre médico y paciente es un contrato de consumo, por consiguiente se regula por las normas de protección al consumidor. La responsabilidad del médico en estos casos exhibita los tradicionales conceptos de la responsabilidad civil, lo cual queda patentado cuando comprobamos que nuestro sistema legal ha sancionado constitucionalmente (art. 65) el principio pro consumidor que recientemente ha sido desarrollado mediante la Ley 27311 que modifica el art. 2 del D. Leg. 716; o cuando constatamos que en el ámbito del derecho del consumo se ha consagrado una suerte de responsabilidad "objetiva" (art. 41 D. Leg. 716). Todo esto llevaría a afirmar que el médico tiene en estos contratos una responsabilidad agravada, y sin duda es así.

22. Pero adicionalmente, el consumidor tiene derecho a lo denominada garantía implícita. En efecto, según nuestra ley el consumidor tiene derecho a que los productos que adquiere y servicios que se le prestan sean idóneos para los fines que se contrataron y, por consiguiente, han de encontrarse exentos de defectos que impidan que cumplan sus propósitos. Esta garantía de idoneidad es la respuesta del Derecho del Consumo a las limitaciones que presenta el Código Civil y su regulación sobre saneamiento. No es éste el lugar para desarrollar los fundamentos de esta afirmación, pero basta con decir que la clásica garantía legal de saneamiento no se condice con la contratación moderna. En primer lugar, dicha garantía sólo se refiere a los contratos relativos a la transferencia de propiedad, de posesión o el uso de un bien, olvidando que la mayoría de contratos en nuestros días tienen que ver con servicios. No podría ser de otra manera en una sociedad que ha sido calificada como socie-

21. Cf. FERNÁNDEZ SESSAREGO C., "El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 12, Lima, 1999, pág. 24.

22. Cf. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *op. cit.* pág. 25.

dad del conocimiento, en la que cada vez con mayor fuerza se da importancia a los servicios, los que han terminado por convertirse en la base del mercado.

En segundo lugar los sistemas de comercialización en la economía actual han cambiado radicalmente; hoy el vendedor es un distribuidor y en muchos casos un intermediario de segunda generación, es decir, a su turno él también ha adquirido el bien de un distribuidor; de este modo se establecen cadenas de distribución que hacen muy difícil que el comprador pueda encontrar amparo en el eventual caso de daños generados por el bien o servicio, cuando sólo cuenta con la tradicional garantía de saneamiento que establece el Código.

Cabe enfatizar, en relación con la llamada garantía implícita, que ésta no supone que el proveedor deba responder cuando el producto o servicio no ofrece la mejor calidad posible, sino un mínimo de calidad aceptable; en otros palabras, no se trata de que el proveedor o profesional deba ofrecer un servicio de la mayor calidad, sino de una calidad mínimamente aceptable. De este modo los consumidores se encontrarán en la posibilidad de elegir bienes y servicios de distinta calidad y precio; exigir la máxima calidad supondría en el fondo afectar a los propios consumidores, pues esto inevitablemente se reflejaría en el precio²³.

23. Cuando se estudia el tema de la garantía implícita en el Derecho del Consumo es inevitable ceder a la tentación de responder a una pregunta que late en el ambiente: ¿es posible atenuar o eliminar esta obligación de idoneidad? Respecto a su atenuación debemos decir que sí es posible, cuando el servicio se presta en condiciones distintas a las que derivan de la garantía implícita. Tal es el caso de la prestación del servicio médico que se preste en una situación de extrema emergencia en la vía pública, y no se cuenta con instrumental necesario, o cuando el riesgo es inevitable y se ha informado adecuadamente de éste al paciente.

Cosa distinta sucede con los pactos que pretenden limitar o eliminar la responsabilidad. Al respec-

to, debemos señalar enfáticamente que no es posible mediante convenio eliminar la obligación de idoneidad. La pertinencia del tratamiento de este tema se encuentra justificada, no sólo por la frecuencia con la que suelen presentarse, sino por la relevancia que revisten. En efecto, una cláusula de esta naturaleza vaciaría por completo de contenido la protección que establece la Ley y Constitución al consumidor, pues convertiría en irresponsable al proveedor. No es posible suscribir los argumentos que postulan la validez de estas cláusulas amparadas en la libertad de contratar, en la medida en que no es posible olvidar que dicha norma, por más que se trate de un principio consagrado en la Constitución, tiene límites, que están dados en el propio ordenamiento.

No hay que olvidar, que todo contrato coe dentro de un contexto legal preexistente que lo complementa, pero sobre todo lo legitima o no, en el caso de la libertad de contratar ella encuentra sus fronteras en la propia Constitución que también eleva a status constitucional la protección al consumidor. Además recuérdese que el texto del artículo 62 de la Constitución establece que "la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato". En otros términos, no les es permitido a los contratantes olvidar el contexto legal dentro del cual contratan. En armonía con lo expuesto, deberán considerarse lo dispuesto en el art. V del T.P. del C.C. que invalida los actos jurídicos que interesan al orden público, pues bien sucede que el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor es una norma de orden público sobre la que no tienen disposición las partes. En suma: la cláusula relativa a la ausencia de garantía de los resultados no exonera de responsabilidad al facultativo.

24. El tema de la garantía implícita desemboca inevitablemente en lo que Indecopi ha denominado responsabilidad "objetiva". Sin embargo, esta afirmación hay que formularla con pinzas. En efecto, en el ámbito profesional como en otros campos, es peligroso e incluso ineficiente promover una responsabilidad objetiva absoluta (administrativa o civil, es indistinto). Si lo que la norma pretende (art.

23 Cf. INDECOP, "Precedentes de observancia obligatoria en materia de Defensa de la Competencia", Lima, 1999, pág. 25

41 D. Leg. 716] es lo que Gastón Fernández denomina responsabilidad objetiva "atenuada", es decir que el profesional sólo podría exonerarse de su responsabilidad probando un hecho ajeno (caso fortuito y fuerza mayor), o probando que el estado del conocimiento científico y técnico no permitía ponderar el riesgo en la prestación del servicio, el dispositivo tendría sentido, pues cuando menos en materia médica la aleatoriedad es inevitable y una norma que no permita exonerarse al médico de responsabilidad no sólo sería injusta sino irreal.

Por ello resulta oportuna la acotación hecha por Juan Espinosa, en el sentido que la denominada responsabilidad objetiva del reformado art. 41 no sería otra cosa que una presunción de responsabilidad, (*juris tantum*) invirtiéndose la carga de la prueba. Pero lo que en realidad ha sucedido es sencillamente una falla de rigor en el lenguaje jurídico, pues en el fondo esta no sería una responsabilidad objetiva, cuando menos no en los términos que se le conoce en el Derecho Civil.

25. Estas afirmaciones no quieren decir que la ciencia avanza a golpe de funerales, de ahí la in-

eludible necesidad de proteger al consumidor, ya no sólo porque se trata de un contratante débil, sino porque un mercado en el que se abandone a su suerte al consumidor no sólo será injusto, sino ineficiente. De este modo, en un mercado en el cual no existan garantías implícitas, no se propiciará la necesidad de que los proveedores (profesionales) ofrezcan bienes o servicios con un estándar mínimo de idoneidad. Pensar que los mercados se van a autorregular no sólo es optimista, sino ingenuo, y en todo caso tal perspectiva perjudicaría el desarrollo del propio mercado. El supuesto basado en que nadie mejor que las partes para saber qué es lo que les conviene, es una regla aplicable siempre que se cumplan con los presupuestos de igualdad y libertad de las partes. La presencia de la garantía implícita, así como la presunción de responsabilidad –lo que Indecopi llama responsabilidad "objetiva", llevará a que los bienes y servicios en el mercado se homogenicen en un mínimo de idoneidad a partir del cual competirán los proveedores, mientras que su ausencia no sólo empobrecerá la calidad de los bienes y servicios sino también la competencia.