

La responsabilidad civil y administrativa de los profesionales

Juan Espinoza Espinoza

SUMARIO

Introducción

1. Sobre la necesidad de asumir una posición frente a la (pretendida) dicotomía entre la responsabilidad civil contractual y la extra-contractual
2. La responsabilidad civil del profesional: ¿responsabilidad subjetiva u objetiva?
3. Los alcances del artículo 1762 del Código Civil peruano
4. El profesional como proveedor en una relación de consumo y su responsabilidad por infracción a la Ley de Protección del Consumidor



Espinoza Juan
"La responsabilidad civil y administrativa de los profesionales"

la memoria de Roberto López Cabana, cuya repentina y sentida desaparición dentro de la gran familia de juristas latinoamericanos, me hace evocar parte la letra de una de las canciones que han compuesto Fito Páez y Joaquín Sabina:

*"Parece que fue ayer cuando se fue
al barrio que hay detrás de las estrellas,
la muerte, que es celosa y es mujer,
se encaprichó con él
y lo llevó a dormir siempre con ella".*

DIFERENCIAS ENTRE LAS (DENOMINADAS) RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y LA EXTRA CONTRACTUAL

	CONTRACTUAL	EXTRA CONTRACTUAL
Factores de atribución	Subjetivo (art. 1321 c.c.) Dolo, culpa inexcusable o culpa leve (art. 1314 c.c.) Objetivo (art. 1325) Responsabilidad del deudor si se hace valer por un tercero (art. 1315 c.c.) Caso fortuito o fuerza mayor	Subjetivo (art. 1969 c.c.) Dolo o culpa Objetivo (art. 1970 c.c.) Bien o ejercicio de una actividad riesgosos o peligrosos
Graduación de la culpa	Culpa inexcusable "negligencia grave" (art. 1319 c.c.) Culpa leve "omisión de diligencia ordinaria" (art. 1320 c.c.)	Culpa (art. 1969 c.c.) Excepto art. 1986 c.c.
Relación de causalidad	Causa próxima "consecuencia inmediata y directa" (art. 1321 c.c.)	Causa adecuada (art. 1985 c.c.)
Carga de la prueba	Dañado debe probar dolo o culpa inexcusable (art. 1330 c.c.) Se presume la culpa leve (1329)	Se presume el dolo (sic) y la culpa (art. 1969 c.c.) El descargo corresponde al dañante
Intervención de terceros	El deudor responde de los actos dolosos o culposos del tercero del cual se vale. Salvo pacto en contrario (art. 1325 c.c.)	Se establece la responsabilidad solidaria entre el principal y el que actúa bajo sus órdenes (art. 1981 c.c.)
Daños resarcibles	Daño emergente, lucro cesante (art. 1321 c.c.) y daño moral (art. 1322 c.c.)	Las consecuencias que deriven (daño emergente), lucro cesante, daño a la persona y daño moral (art. 1985 c.c.)
Prescripción	10 años (art. 2001, inc. 1)	2 años (art. 2001, inc. 4)

La responsabilidad civil y administrativa de los profesionales

Introducción

La actividad del profesional, útil y necesaria para el desarrollo de la sociedad, loada en unos casos, satirizada en otros (como nos sucede a los abogados), se ha convertido en fuente de responsabilidad penal, civil y administrativa cuando, en el ejercicio de la misma, se ocasionan daños. En efecto, la "provincia" de la responsabilidad civil ha asimilado este supuesto de hecho que, en otra época, gozaba de plena inmunidad. La evolución de las relaciones sociales ha hecho que el profesional, que inicialmente era una persona muy cercana a la familia que lo requería, como el médico (y de ahí la expresión "médico de cabecera"), ha pasado a ser un prestador de servicios¹ y, por consiguiente, el tratamiento que se le brinda ha saltado de un estrecho contacto social a una relación contractual de la que se derivan una serie de derechos y obligaciones y en el caso de incumplimiento, surge el derecho del usuario a obtener una reparación por los daños ocasionados.

Con acierto se advierte que "en la realidad profesional actual, como consecuencia de la interacción de factores diversos (...), como el surgimiento de nuevos tipos profesionales y la siempre más marcada especialización al interior de estos tipos, se advierte la necesidad de una definición de los roles profesionales que induzca a mirar no sólo al "profesional", tal como había sido tratado por la tradición del ochocientos, sino a los particulares tipos profesionales: desde el ingeniero al médico, desde el arquitecto al psicólogo, desde el abogado al revisor de cuentas, desde el notario hasta el asesor de trabajo. Tal fenómeno de fragmentación de la figura del "profesional" en los diferentes tipos profesionales, que inevitablemente reclama la especificidad de las diversas realidades profesionales ya existentes o emergentes, lleva inevitablemente consigo una suerte de sectorialización de las individuales responsabilidades al interior de las competencias específicas. Ello se deberá tener en cuenta en la reconstrucción de las orientaciones jurisprudenciales, con la finalidad de individualizar las reglas elaboradas y ejecutadas por nuestros jueces al respecto de cada tipo profesional"².

Sobre la naturaleza de la responsabilidad civil del profesional se ha discutido si se trata de una responsabilidad contractual o extra-contractual, si es una responsabilidad subjetiva u objetiva, y si implica una obligación de medios o de resultados. Incluso, se ha llegado a cuestionar su propia existencia jurídica, en tanto régimen especial de responsabilidad civil. Así, se sostiene "que la construcción teórica del concepto de "contrato de servicios profesionales" (cuyo incumplimiento generaría responsabilidad civil) se funda, de un lado, en las ideas arcaicas sobre una presunta naturaleza un tanto religiosa de los servicios profesionales que responden a la mentalidad de otros tiempos"³.

El propósito de este trabajo es el de hacer una reseña de los formantes legislativo, jurisprudencial y doctrinario en esta materia, a nivel nacional y delinear los principales aspectos de la posible configuración de una infracción de los derechos del consumidor dentro de este supuesto.

¹ Así, "la sociedad de personas ha sido sustituida, en buena medida, por la sociedad de masas y, como una consecuencia, la medicina personalizada ha dejado paso a la medicina masificada" (MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad civil del médico*, Astrea, Buenos Aires, 1985, 31).

² DE MATTEIS, *Causalità e danno nella responsabilità professionale*, en *I fatti illeciti, III Causalità e danno*, a cura de VISINTINI, CEDAM, Padova, 1999, 591-592.

³ DE TRAZEGNIES GRANDA, *La evaporación de la responsabilidad profesional*, en *Revista del Magíster en Derecho Civil*, Escuela de Graduados, Fondo Editorial, PUCP, Vol. 1, Lima, 1997, 67.

1. Sobre la necesidad de asumir una posición frente a la (pretendida) dicotomía entre la responsabilidad civil contractual y la extra-contractual

Hace algunos años expresé, siguiendo a la corriente dominante de la doctrina jurídica contemporánea, que: “la discusión sobre la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual se torna en bizantina, por cuanto, en ambas se produce un daño y el derecho debe intervenir para repararlo. No importa el origen del daño, sino como solucionar sus consecuencias. No importa en agente dañoso sino el dañado”⁴. Hoy, con satisfacción, puedo comprobar que ésta es la orientación de la doctrina nacional más autorizada⁵. Con razón, ahora se afirma que “nunca hemos encontrado justificativo que explique el por qué, de un mismo hecho dañoso, que puede generar un mismo tipo de daño, puedan aplicarse regímenes de responsabilidad distintos, con cobertura de daños distintos”⁶.

Se ha advertido que la distinción entre responsabilidad civil contractual y extra-contractual “respondía a exigencias de una economía prevalectivamente agrícola y representaba un punto de mediación entre los intereses de los propietarios y de los comerciantes”⁷. En la actualidad “las diferencias ontológicas de las dos

⁴ ESPINOZA ESPINOZA, *Reflexiones en torno a la unificación de los regímenes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual*, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 48, Lima, Años 1990-1991, 166. También en *Revista del Foro*, Año LXXIX, No. 2, Lima, julio-diciembre, 1991, 234.

⁵ ARIAS SCHREIBER PEZET, *Luces y sombras del Código Civil*, Tomo II, Studium, Lima, 1991, 173, quien afirma que “ambas responsabilidades tienen la misma naturaleza” (cit.). También FERNÁNDEZ SESSAREGO, quien advierte “un movimiento creciente que tiende a unificar las diversas acepciones de responsabilidad civil por daños, superando en este sentido la tradicional distinción entre daño contractual y daño extracontractual, por cuanto no es relevante para el resarcimiento” (*Un Nuovo modo di fare Diritto*, traducción a cura de CABELLA PISU y ESPINOZA ESPINOZA, en *Il Diritto dei Nuovi Mondi*, CEDAM, Padova, 1994, 270).

⁶ FERNÁNDEZ CRUZ, *Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad*, en *Scribas*, Año I, No. 2, INDEJ, Arequipa, 1996, 74. En este mismo sentido, SEMINARIO STULPA, quien afirma que “el tratamiento unitario de la materia no sólo se justifica por razones de orden práctico sino fundamentalmente de orden conceptual” (en *Responsabilidad civil: breves comentarios acerca de la propuesta de enmienda*, en *Diez Años. Código Civil Peruano*, Tomo II, Universidad de Lima, WG Editores, 1995, 333; VEGA MERE, quien sostiene que “quizá la más importante de las razones que abogan por un pronto cambio se encuentra en el injustificado mantenimiento de las diferencias que favorecen un tratamiento de compartimientos estancos, pese a que, en cualquier caso, la puesta en escena de la responsabilidad civil –cualquiera sea su origen– proviene de la necesidad de reparar un daño injustamente sufrido” (*La reforma de la responsabilidad civil en el Derecho Peruano. El Proyecto de Código Civil Argentino como fuente ineludible de consulta*, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año 1, No. 6, La Ley, Buenos Aires, 1999, 2-3).

En sentido contrario, DE TRAZEGNIES GRANDA, cuando separa ambos regímenes “si se quiere seguir de cerca y entender el verdadero proceso psicológico y lógico de juzgamiento. La identificación global de los dos tipos de responsabilidad oscurece estas diferencias en el entorno conceptual y en el *état d’esprit* del juez y no permite aprehender la naturaleza profunda e íntima de cada una de estas situaciones” (*La responsabilidad extracontractual*, Vol. IV, Tomo II, PUCP, Lima, 1988, 451-452).

⁷ FRANZONI, *Fatti Illeciti*, Zanichelli- Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1993, 13. El Autor explica que “hasta que el propietario se comportaba como tal, gozando personalmente de su derecho, la responsabilidad civil constituía la única y suficiente forma de tutela. En el momento en el cual éste entraba en el mercado, es decir, en la esfera de dominio del comerciante, entonces se debía someter a sus reglas. El acto de voluntad conciente transformaba su derecho absoluto en objeto de la obligación contractual, o sea, en un derecho de crédito sujeto a responsabilidad más grave en caso de incumplimiento” (cit.).

responsabilidades se reconducen a un perfil mínimo: la presencia o la falta de una obligación preexistente. Por consiguiente, el diverso régimen de las fuentes de las obligaciones es la única diferencia relevante, incluso en el plano sistemático. Se ha constatado, en efecto, que desde el punto de vista funcional su finalidad es común: en ambas, la finalidad es la de ejercer un control cualitativo sobre la circulación de la riqueza, de tal manera, que permita una distribución equitativa de los recursos a través del resarcimiento del daño⁸.

Sin embargo, aún siguiendo –como hace el formante legislativo nacional- la diferencia entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, conviene aclarar que “nuestro Código Civil, en cambio utiliza un criterio de distinción diferente: la relación obligatoria. En tal sentido, el capítulo relativo a “Inejecución de las Obligaciones” comprende la lesión de crédito de todas las relaciones obligatorias, sean éstas de fuente contractual como de fuente no contractual. La responsabilidad extracontractual supone, entonces, la violación del deber general de no causar un daño a otro (o los hechos lesivos de los intereses jurídicamente tutelados en la vida de relación). Dentro de este orden de cosas debería hablarse, con mayor precisión, de “responsabilidad obligacional” y de “responsabilidad no obligacional”⁹.

¿Qué vía utilizar en el caso de daños por el ejercicio de la actividad profesional?. En materia de responsabilidad civil médica, se afirma lo siguiente: “puesto que la lesión de la integridad personal del paciente ocasionada por el médico en el ejercicio de su actividad profesional configura una hipótesis típica, en la cual el cruce entre el interés (positivo de prestación) del acreedor a la correcta ejecución de la prestación y el interés (negativo de protección) a no ver lesionado el derecho subjetivo a la salud, determina tradicionalmente el operar de una responsabilidad a doble título, en realidad la jurisprudencia (italiana) ha elaborado sobre la materia un cuerpo de reglas unitarias, dentro del cual, la distinción entre responsabilidad contractual y aquiliana se esfuma y pierde significado”¹⁰.

Una autorizada doctrina del análisis económico del derecho advierte que “un médico debe cuidar a su paciente de acuerdo con las normas consuetudinarias de la profesión médica en el área en la que esté ejerciendo. En virtud de que el dañado y quien lo daña se encuentran en una relación de comprador-vendedor, quienes pueden dañar (los médicos) tienen un incentivo independiente de la ley para proveer el nivel de cuidado que las víctimas potenciales estén dispuestas a pagar. Advértase aquí el traslape entre los principios de negligencia y los del contrato. El médico promete implícitamente que tratará al paciente con el cuidado acostumbrado entre los médicos del área. Si no emplea todo ese cuidado, el médico será culpable de una mala práctica, una negligencia, pero con el mismo comportamiento habrá violado su contrato con el paciente”¹¹.

En el formante jurisprudencial nacional, se cuenta con un precedente en el que, partiendo de la compatibilidad de los dos regímenes en materia de responsabilidad civil de los profesionales médicos, se adopta la posición de la opción, aplicándose el art. 1969 c.c. (responsabilidad extracontractual subjetiva). El caso fue el siguiente: Dionicio Ramos Luza, internó a su menor hija Lorena en la Clínica Arequipa, la cual presentaba una “tumoración de parótida y neurofibroma”. El Dr. Víctor Tejada

⁸ FRANZONI, op. cit., 16.

⁹ BARCHI VELAOCHAGA, *Responsabilidad civil en la atención médico-quirúrgica de emergencia*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 6, No. 22, Gaceta Jurídica, Lima, Julio, 2000, 40.

¹⁰ ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza*, en *Contratto e impresa*, Año 12, No. 2, CEDAM, Padova, 1996, 665.

¹¹ POSNER, *El análisis económico del derecho*, traducido por SUAREZ, primera reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 2000, 61.

Gutiérrez le practicó una intervención y le ocasionó una “paresia facial derecha”, lo cual se comprobó en el Instituto de Enfermedades Neoplásicas. En primera instancia se condenó tanto al doctor como a la clínica. En apelación sólo se condenó al doctor, excluyendo a la clínica y se fijó el monto indemnizatorio en ochenta mil nuevos soles. Con fecha 17.09.98, se declaró que no había nulidad en la Sala Civil de la Corte Superior de Arequipa, advirtiéndose que existe:

“una zona intermedia en que ambos tipos de responsabilidad se confunden, es decir, que a consecuencia del incumplimiento del contrato, surge además la violación del deber genérico de no causar daño a otro”.

Con ello observamos a un juez más permeable a tutelar efectivamente al agente dañado y que no se deja seducir (irreflexivamente) frente a modelos legislativos correspondientes a otra realidad. Ello constituye un ejemplo para que los operadores jurídicos vean más allá de la literalidad de los dispositivos legales y se embarquen en nuevos horizontes interpretativos. Esta tendencia no sólo debe ser seguida en materia de responsabilidad civil de los profesionales. La experiencia comparada nos enseña que “la Convención de Varsovia de 1929 y la Convención de Bruselas de 1961 sobre el transporte de pasajeros unifican las acciones de responsabilidad; la Directiva Comunitaria en materia de productos defectuosos es prevalementemente favorable por la responsabilidad extracontractual y en Francia se ha tratado de acercar los dos sistemas”¹². Quizá el cuadro comparativo adjunto nos lleve a reflexionar sobre si resulta justo (o racional) contar con dos sistemas de responsabilidad civil, cada uno con sus propias reglas, cuando en verdad lo relevante es contar con un instrumentario jurídico que permita al dañado a hacer efectivo su derecho a la indemnización.

2. La responsabilidad civil del profesional: ¿responsabilidad subjetiva u objetiva?

Si se sigue el criterio de incompatibilidad entre la responsabilidad contractual y extracontractual, asumido por el formante legislativo nacional, se llegará a la conclusión que la responsabilidad civil del profesional, por haber incumplido una obligación pre-existente, es contractual¹³. De ello parte la preocupación de cierta doctrina de la “existencia de un desequilibrio en la relación jurídica entablada “profesional-beneficiario del servicio””¹⁴.

¹² ALPA, siguiendo a TUNC, en *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Il Mulino, Bologna, 1991, 19.

¹³ En este sentido, VAZQUEZ FERREIRA, *Prueba de la culpa médica*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, 35, quien recuerda que ésta fue una conclusión de las “V Jornadas Rioplatenses de Derecho” en San Isidro, en el año de 1989 (cit.). Ello también fue reiterado en el “II Congreso Internacional de Derecho de Daños” en Buenos Aires, en el año de 1991 (en *El Derecho Privado en la Argentina*, Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años, Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1991, 307).

¹⁴ WOOLCOTT OYAGUE, *El artículo 1762 del C.C. 1984: ¿Principio de responsabilidad o irresponsabilidad profesional?*, en *Aequitas*, Año 2, No. 2, CIDDE, Lima, 1995, 146. La autora advierte que “no se trata en este caso del desajuste económico entre las partes de la relación, lo que sí ha sido ampliamente atendido por el ordenamiento jurídico, sino de una “disparidad cultural” en que es el profesional el que prácticamente, dada su condición de titular del conocimiento, determina el complejo cúmulo de los derechos y obligaciones en la relación, encontrando del otro lado, a una parte cuya inferioridad técnica es evidente. La característica autonomía científica del profesional avala en cierto

En este sentido, frente a la demanda de Eduardo Oswaldo Heredia Bonilla, en contra de la Nueva Clínica Villarán y el médico anestesista, doctor Guido Díaz Vargas, por haberle producido una paraplejía, debido a que se le afectó la médula al aplicársele la anestesia, la Cuarta Sala de la Corte Superior de Justicia de Lima (exp. 694-96), con fecha 17.10.96, emitió una resolución cuya máxima es la siguiente:

“La despreocupación por la salud del paciente, con muestras objetivas de indiferencia e inhumanidad, constituyen una violación de los deberes médicos configurados en el incumplimiento de los medios y diligencia adecuados en la asistencia del paciente que fue objeto de una defectuosa intervención quirúrgica, causante de daños culposamente ocasionados que configuran la responsabilidad de los demandados de naturaleza contractual”¹⁵.

Un sector de la doctrina nacional, a propósito de la responsabilidad civil médica, sostiene que si el galeno presta sus servicios dentro de una estructura sanitaria, se configura un supuesto de hecho de “responsabilidad civil contractual indirecta del establecimiento asistencial por los hechos dolosos o culposos de los terceros, es decir, los médicos y el personal especializado, de los cuales se vale el deudor, esto es, el establecimiento asistencial, para ejecutar la obligación”¹⁶, el cual se encuentra regulado en el art. 1325 c.c.¹⁷. Esta doctrina afirma, que no se puede establecer una relación de dependencia entre el médico y la estructura sanitaria “por cuanto existe unanimidad en la doctrina en el sentido que los profesionales médicos no se encuentran subordinados dado su altísimo nivel de preparación intelectual y profesional”¹⁸. Sin embargo, para el caso de profesionales dependientes, el art. 48 de la Ley General de Salud, No. 26842, del 15.07.97, establece que:

“El establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en éste con relación de dependencia.

Es exclusivamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente por no haber dispuesto o brindado los medios que hubieren evitado que ellos se produjeran, siempre que la disposición de dichos medios sea exigible atendiendo a la naturaleza del servicio que se ofrece”.

Sin embargo, el problema no se agota si se opta por la vía contractual, por cuanto se debe determinar si con el denominado contrato de prestación de servicios

modo dicha situación. Pero acaso, ¿tal autonomía exigible por la propia naturaleza intelectual de la actividad, no tiene límites?. Estamos seguros que sí” (cit.).

¹⁵ Máxima extraída de FERNÁNDEZ CRUZ, *Responsabilidad civil médica*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año I, No. 1, Gaceta Jurídica, Lima, 1995, 57.

¹⁶ TABOADA CORDOVA, *La responsabilidad civil por aplicación defectuosa de las técnicas de reproducción humana asistida*, en *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVII, No. 13, Trujillo, octubre-diciembre, 1997, 88.

¹⁷ El cual establece que: “el deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario”.

¹⁸ TABOADA CORDOVA, op. cit.

profesionales se incumple una obligación de medios o una de resultados. En efecto, “en las obligaciones de medios, se aplicaría la regla de la responsabilidad por culpa (el deudor no es responsable si se ha comportado diligentemente); mientras que en las obligaciones de resultado se aplicaría en cambio la regla de la responsabilidad objetiva: la diligencia empleada por el deudor es irrelevante, porque lo único debido es el resultado”¹⁹. No obstante ello, se ha advertido que, en verdad, “lo que existe (...) no es un diferente tipo de prestación a realizar (de medios o de resultado), sino, un diverso grado de colaboración exigido por el tipo de objeto o resultado involucrado en el deber central. Así, en las mal llamadas obligaciones de medios, el grado de colaboración exigido, gira en torno a la propia conducta del deudor: como el resultado esperado por el acreedor depende del control que el propio deudor tenga de su conducta, se le exige un grado de diligencia tal, que vigile el desenvolvimiento de su propia conducta. Por ejemplo, en la obligación quirúrgica, el resultado debido es la operación exactamente ejecutada (...), por lo que entonces, lo que el acreedor espera no es la cura de su enfermedad o defecto, sino que el médico le mejore sus posibilidades de salvamento, lo que constituye siempre un resultado, distinto al de la cura de la enfermedad, pero resultado al fin”²⁰. En este orden de ideas “en cambio, en las mal llamadas obligaciones de resultado, el grado de diligencia debido al deudor es mayor: éste debe evitar todo obstáculo –inclusive externo o ajeno a su actividad– que le impida cumplir, salvo que resulte vencido porque dicho obstáculo fue extraordinario, imprevisible o irresistible”²¹.

Desde nuestro punto de vista, llámense obligaciones de medios o de resultado, u obligaciones con distintos grados de colaboración por parte del deudor, queda claro que la diferencia relevante está en el tipo de responsabilidad que se deriva de su incumplimiento: así, en el caso de las primeras, nos encontramos frente a la responsabilidad subjetiva (de la cual el deudor se libera si acredita que actuó con la “diligencia ordinaria requerida”: art. 1314 c.c.) y en las segundas frente a una responsabilidad objetiva (de la cual el deudor se libera si acredita que hubo “caso fortuito o fuerza mayor”: art. 1315 c.c.)²². Sin embargo, debe notarse que la diferenciación entre ambos tipos de obligación no es tajante. Así, puede darse el caso que en una liposucción (que implicaría, en línea de principio, una obligación de resultados), podría presentarse una demanda porque la intervención “resultó traumática” (típica hipótesis que comprende una obligación de medios)²³. Así, compartimos la opinión de quien afirma que “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”²⁴.

¹⁹ Así, FERNÁNDEZ CRUZ, siguiendo a BIANCA (op. cit., 59).

²⁰ FERNÁNDEZ CRUZ, siempre siguiendo a BIANCA (op. cit., 60-61).

²¹ FERNÁNDEZ CRUZ, op. cit., 61.

²² Considera que también puede interpretarse una responsabilidad objetiva contractual “con la solitaria asistencia inicial del artículo 1315 del Código Civil”, LEON HILARIO, *Responsabilidad indirecta por el incumplimiento de las obligaciones. Régimen actual en el Código Civil Peruano y pautas para su modificación*, en *Thémis*, Segunda Epoca, No. 38, Lima, 1998, 99.

²³ Como de hecho se presentó una denuncia (junto con otras), aunque no en vía judicial, ante la Comisión de Protección al Consumidor, cuyos medios probatorios fueron declarados improcedentes (Resolución Final No. 587-99-CPC, del 22.11.99)

²⁴ GUTIERREZ CAMACHO, *Paciente o consumidor: el contrato de servicio médico y la responsabilidad del médico*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 6, No. 22, cit., 60-61. En este mismo sentido, OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, cuando afirman que “parece artificial la diferencia entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado. En las obligaciones de medios

La doctrina anteriormente citada concluye que, dentro de nuestro sistema jurídico, debe aceptarse la responsabilidad médica por culpa leve, aplicando para ello el art. 1320° c.c. y “aceptarse la responsabilidad médica objetiva en los casos donde el avance técnico científico de la medicina ha logrado dominar una enfermedad o una técnica de curación”²⁵.

Por otro lado, si se opta por la vía de la responsabilidad extracontractual, surge (también) la duda de aplicar el art. 1969 (responsabilidad subjetiva) o el art. 1970 (responsabilidad objetiva). En este caso, contamos con precedentes para todos los gustos: Así, en Casación, la Sala Civil de la Corte Suprema de Lima, con fecha 31.10.96, se establece que la operación practicada por el médico es considerada como actividad riesgosa y que:

“ante la producción de un daño, no es necesario determinar la culpa o el dolo del agente, pudiéndose afirmar que existe una especie de culpa virtual por el hecho de la utilización de la actividad riesgosa”.

Llama poderosamente la atención el reclamo a la denominada “culpa virtual”, figura que surgió en la jurisprudencia francesa y que ha sido superada ampliamente en la actualidad, por cuanto una culpa que se presume y frente a la cual no cabe demostrar la ausencia de la misma, se convierte, según una feliz expresión acuñada por autorizada doctrina italiana en un exquisito (e inútil) “homenaje meramente verbal a la tradición”²⁶. Con ello, simplemente “se disfraza una tentación objetivista que no quiere confesarse”²⁷.

En Casación, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 18.09.97, determina que se debe aplicar el art. 1969 c.c., por cuanto:

“no se puede atribuir responsabilidad civil a los demandados por el ejercicio médico diligentemente prestado, por el simple hecho de considerársele una actividad riesgosa, por otro lado el riesgo al que se ha sometido la demandante no puede semejarse ser reputada en forma paralela a las actividades riesgosas o de peligro como son los accidentes de tránsito u otras similares”.

Lamentablemente, las dos resoluciones en casación son huérfanas de argumentación y ninguna fundamenta adecuadamente el motivo por el cual la responsabilidad civil del profesional médico es (o no es) objetiva. A nivel legislativo, este problema queda zanjado por el art. 36 de la Ley General de Salud, No. 26842, del 15.07.97, que reconoce una responsabilidad subjetiva a los profesionales, técnicos y auxiliares en el campo de la salud, al establecer que:

se busca un resultado. Y en las obligaciones de resultado existe, necesariamente, un medio para cumplirlas. Reconocemos, sin duda, que la diligencia en las primeras puede exigir requisitos más severos que en las segundas, pero en todo caso, lo que se busca, es el fin, el cumplimiento de la prestación” (en *Tratado de las Obligaciones*, Vol. XVI, Primera Parte-Tomo I, PUCP, Lima, 1994, 217).

²⁵ FERNÁNDEZ CRUZ, op. cit., 64.

²⁶ VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, CEDAM, Padova, 1996, 619, ahora en español, en *Tratado de la responsabilidad civil*, traducido por KEMELMAJER DE CARLUCCI, con la colaboración de ATIENZA NAVARRO, BOSSIO, ESPINOZA ESPINOZA, LONGHIN y WOOLCOTT OYAGUE, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1999, 333.

²⁷ DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, Vol. IV, Tomo I, PUCP, Lima, 1988, 412.

“son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades”.

Este modelo jurídico es, sin lugar a dudas, discutible, por cuanto incluso una cirugía estética (que debería estar sometida bajo una responsabilidad objetiva), quedaría regulada bajo los principios de la responsabilidad subjetiva. Ello, independientemente de la posibilidad que se configure una u otra responsabilidad para otras profesiones, será un verdadero reto para los operadores jurídicos que deberán interpretar las “coordenadas” establecidas por el legislador. Así, por ejemplo, en la experiencia jurídica italiana, “la opinión prevaleciente excluye del grupo de la actividades peligrosas a las intervenciones médico-quirúrgicas; pero la solución contraria seguramente debe admitirse cuando sean utilizados instrumentos dotados de intrínseca peligrosidad (como por ejemplo, los radioactivos). También es calificada como peligrosa la experimentación humana”²⁸.

La responsabilidad civil del notario asume connotaciones interesantes, a propósito de la interpretación del art. 55 del D.L. No. 26002, Ley del Notariado, del 26.12.92, el cual establece que:

“El notario dará fe de conocer a los comparecientes o de haberlos identificado.

Cuando el notario lo juzgue conveniente exigirá al compareciente la intervención de testigos que garanticen su identidad.

El notario que diere fe de identidad de alguno de los comparecientes, inducido a error por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurrirá en responsabilidad”.

Así, el Juez del Primer Juzgado Especializado Civil de Lima, con fecha 28.08.96, resolvió el siguiente caso: Oscar Scudere adquirió con fecha 11.04.58 un terreno, inscribiendo su titularidad en los Registros Públicos. Al solicitar una copia literal se dio con la sorpresa que su inmueble estaba a nombre de la sociedad conyugal conformada por Rosa Velásquez y Daniel Gonzales a mérito de una escritura pública ante el notario Ricardo Ortiz de Zevallos, en la que figuraba una firma falsificada del señor Scudere. Ante la demanda de nulidad de escritura pública e indemnización, contra Rosa Velásquez, Daniel Gonzales y el notario, se amparó la pretensión procesal, afirmando que:

“el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, y para su validez se requiere: agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad, a que en el caso que nos ocupa, el acto jurídico es nulo toda vez que falta la manifestación de voluntad del agente”.

Respecto de la responsabilidad civil del notario, estableció que:

“el demandado, el Doctor Ricardo Ortiz de Zevallos no ha dado estricto cumplimiento a sus funciones que le compelen como Notario Público, al no haber observado las normas contenidas en el Decreto ley veintiséis mil dos Ley de Notariado”.

²⁸ BIANCA, *Diritto Civile*, 5, *La Responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, 707.

Subida en apelación, la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, con resolución de fecha 03.09.97, confirmó la sentencia, revocándola en el extremo que el notario pague solidariamente (conjuntamente con Rosa Velásquez y Daniel Gonzales) al demandante la indemnización, expresando que:

“la pretensión indemnizatoria en cuanto se refiere al Notario co-demandado Ricardo Ortiz de Zevallos debe ser desestimada, debido a que en autos no se ha acreditado que dicho emplazado en el ejercicio de sus funciones haya permitido en forma deliberada la intervención de persona distinta al demandante en la Escritura objeto de nulidad; Es más, para suscribir un documento como el cuestionado en autos se requiere la presentación del documento de identidad, en base al cual se suscribe el instrumento, y si ello es así, no se puede atribuir responsabilidad alguna al Notario por la falsificación de firma de uno de los intervinientes”.

Como respaldo de esta decisión, se frasea el citado art. 55 de la Ley del Notariado:

“que, el artículo cincuenta y cinco del Decreto Ley veintiséis mil dos, Ley del Notariado, establece que el Notario dará fe de conocer a los comparecientes o de haberseles identificado, y que si el Notario diere fe de identidad de alguno de los comparecientes, inducido a error por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurrirá en responsabilidad”.

Justamente, la *interpretación* del referido art. 55, es la que me mueve a comentario. Si leemos atentamente el mismo, se observa que el notario puede dar tanto la fe de conocer a los comparecientes, como dar la fe de identidad ¿Cuál es la diferencia? Como se advierte en doctrina “la función característica del notario es la de investir de una presunción de veracidad el acto en que interviene”²⁹. La fe de conocimiento “no puede significar otra cosa que asegurar la identidad de la persona, o sea, que el nombre, que es el signo con el cual se individualiza, corresponde exactamente al sujeto que se está atribuyendo ese nombre”³⁰. La fe de conocimiento puede ser de carácter inmediato (cuando es el mismo notario el que conoce al compareciente) o mediato (cuando se vale de testigos, a los cuales conoce el notario personalmente, o cuando recurre a medios supletorios³¹). Dentro de la clasificación que se propone, la fe de identidad (entendida como aquella que da el notario y se basa en un medio supletorio como es el documento de identidad - D.N.I., L.E., entre otros-) sería una fe de conocimiento mediata y, por consiguiente la relación sería de especie a género.

Pienso que se le podría dar otra lectura a esta clasificación. En efecto, si entendemos que “identificar a la persona que comparece ante el notario, será en

²⁹ BARRAGÁN, *Manual de Derecho Notarial*, Temis, Bogotá, 1979, 23.

³⁰ BARRAGÁN, *op. cit.*

³¹ Queda bastante claro que, en la actualidad, resulta difícil que el notario (como en otros tiempos) conozca personalmente a sus comparecientes. Por ello se afirma que “los autores coinciden en sostener que, en esta materia, al notario no debe constreñírsele a moldes legales demasiado estrechos, sino dársele cierta amplitud dentro de los límites que le fijen su prudencia, su celo y su responsabilidad, pues puede suceder que el notario esté racionalmente cierto de la identidad del compareciente aun sin conocerlo personalmente, en el sentido común y corriente de la expresión, sin haber tenido trato previo con él, sino por medios diversos pero tan eficaces como los señalados en la ley” (BARRAGÁN, *op. cit.*, 25).

esencia el juicio que éste realiza sobre ciertas bases de hecho, por cuya virtud llega a la conclusión de que determinado nombre es exactamente la representación jurídica de quien comparece ante él"³², lo general es la función del notario de *identificar* al compareciente: siempre el notario dará fe (en esencia) de la identidad del compareciente. Lo que sucede es que se puede basar en el hecho del conocimiento (directo o indirecto) de aquel. La denominada (en el art. 55 LdN) fe de identidad, no es más que una fe (valga la redundancia: de identidad) basada en documentos de identificación.

El verdadero problema interpretativo surge con el último párrafo del art. 55 LdN, al establecer que "el notario que diere fe de identidad de alguno de los comparecientes, inducido a error por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurrirá en responsabilidad". Es mi opinión, que la *ratio* del artículo es justa. Sin embargo, percibo una actitud bastante elástica respecto de los jueces al determinar esta responsabilidad. Basta que se acredite con la prueba dactilográfica que la firma era falsificada para que el notario invoque este artículo y quede liberado de la misma. No observo un serio aporte probatorio –por parte del notario- de qué medidas ha tomado para que su función fedataria haya sido ejercida de manera seria y responsable. Tampoco se olvide que "al dar esa seguridad, nace obviamente una presunción de autenticidad" justamente de la identidad del compareciente, fundada en el hecho de que "el notario tomó las medidas legalmente adecuadas para impedir, o por lo menos, hacer difícil la suplantación"³³: el juez debería ser más riguroso en verificar ello.

La actitud laxa de los jueces es sumamente contraproducente, porque genera el costo primario que los dañados (se entiende, a las personas perjudicadas con la falsificación) asuman los costos de la falsificación, porque generalmente quienes realizan la falsificación son delincuentes profesionales a los cuales, difícilmente, se le podrá ubicar y, al mismo tiempo, origina el costo secundario de inestabilidad en las relaciones jurídicas. La resolución de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, resulta ser una suerte de incentivo para la legalización notarial de firmas falsificadas. Téngase en cuenta que, quien se encuentra en mejor situación para evitar el daño es el propio notario.

La figura del "error por la actuación maliciosa", no es más que el *dolo* entendido como vicio de la voluntad, y como lo establece el art. 210 c.c., "es causa de la anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes *haya sido tal que* sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto". El principio que se tiene que extraer, para atribuir responsabilidad civil al notario es que la "actuación maliciosa" debe ser tal que, incluso empleando el notario la diligencia que su función le *obliga*, haya caído en error. Esa prueba tiene que ser ofrecida por el propio notario: no basta la simple invocación del art. 55 LdN.

Aparte del art. 55 LdN, es necesario recordar la primera parte del art. 2, que establece que "el notario es el profesional que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran". Los notarios, por concurso público, han ganado esa función y su seriedad en la misma debe hacer que la conserven. Frente a ello "el notario es responsable, civil y penalmente, de los daños y perjuicios que, por dolo o culpa, ocasione a las partes o terceros en el ejercicio de la función" (art. 145 LdN).

Dentro de este contexto, se ubica el art. 2.1 de la Ley 27333, del 27.07.00, la cual complementa la Ley No. 26662, la Ley de asuntos no contenciosos de competencia notarial (20.09.96), para la regularización de edificaciones. Este numeral precisa que la certificación y verificación de la documentación que se

³² BARRAGÁN, op. cit., 59.

³³ BARRAGÁN, op. cit., 58.

adjunta al formulario registral (al que se refiere el art. 5 de la Ley No. 27157, de regularización de edificaciones, del procedimiento para la declaratoria de fábrica y del régimen de unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva y de propiedad común, del 19.07.99) es “la constatación efectuada por el notario respecto de la existencia y legalidad de dicha documentación”. Asimismo, establece que:

“el Notario no incurrirá en responsabilidad si es inducido a error debido a la actuación maliciosa de los interesados, siempre y cuando haya tomado las medidas necesarias en el proceso de verificación respecto de la legalidad de los documentos” (el subrayado es mío).

Queda claro que la exigencia es a propósito de la función fedataria respecto de la legalidad de los documentos, sin embargo, una interpretación sistemática de los artículos antes citados forzosamente lleva a considerar que la función fedataria del notario (incluso la de conocimiento o de identidad, para frasear el art. 55 LdN) debe llevar a la obligación de “tomar las medidas necesarias” para cumplir diligentemente esta obligación correspondiendo la prueba de ello, como ya lo he dicho, al notario, quien se encuentra en la mejor posición para hacerlo.

3. Los alcances del artículo 1762 del Código Civil peruano

Un artículo que no puede pasar desapercibido en el itinerario interpretativo del operador jurídico en materia de responsabilidad civil de los profesionales es el art. 1762 c.c., referente al contrato de prestación de servicios, el cual establece que:

“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”.

En el primer comentario que se hace de este numeral, autorizada doctrina expresó que “en la aplicación de reglas científicas sólo debe incurrirse en responsabilidad en los casos de dolo y culpa inexcusable, como sería el desconocimiento de tales reglas o su indebida aplicación por negligencia grave, mas no cuando se trate de una equivocación en que no hay mala fe de parte del deudor y que sólo obedece a una falta de diligencia ordinaria en la solución de problemas técnicos de especial dificultad”³⁴.

Recuerdo que en el Seminario Internacional “Responsabilidad Civil de los Profesionales”, realizado los días 19 y 20 de noviembre de 1991, en el que fue invitado Atilio Aníbal Alterini, se discutieron los alcances de este numeral. Estuvieron presentes, además, Max Arias Schreiber Pezet³⁵, Carlos Cárdenas Quirós, Carlos Fernández Sessarego, Fernando Vidal Ramírez y Lizardo Taboada Córdova. Arias Schreiber puso en tela de juicio el artículo 1762 c.c., inspirado en su homólogo 2236 del c.c.ita.³⁶, por cuanto su redacción podía llamar a confusión,

³⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, *Exposición de Motivos y Comentarios. Prestación de Servicios*, en *Código Civil VI. Exposición de Motivos y Comentarios*, Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, compilada por REVOREDO DE DEBAKEY, Ocurra Editores, Lima, 1985, 446.

³⁵ Posteriormente confirmó esta posición al advertir que esta artículo “es materia de severo cuestionamiento” (ARIAS SCHREIBER PEZET, op. cit., 130).

³⁶ El cual establece lo siguiente: “**Responsabilidad del prestador de la obra.**- Si la prestación implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de obra no responde de los daños, sino en caso de solo o culpa grave”.

privilegiando injustamente a los profesionales frente a los demás obligados a la prestación de servicios. Cárdenas Quirós sugirió que la disjunción del art. 1762 c.c. debe entenderse como “asuntos profesionales de especial dificultad” o “problemas técnicos de especial dificultad”. Posición a la cual, en su momento, me adherí. En efecto, el aporte del legislador peruano al modelo jurídico italiano fue el de “asuntos profesionales” y, consiguientemente, el carácter de “especial dificultad” también le debería ser común³⁷.

En concordancia con ello, se afirma que “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 de la actividad profesional, inevitablemente el profesional se halla sometido a las reglas generales”³⁸. De ello se deriva que, en los asuntos profesionales o problemas técnicos que no sean de especial dificultad, se presumiría la culpa leve, regulada por el art. 1329 c.c.³⁹ y definida por el art. 1320 c.c.⁴⁰.

Sin embargo, un sector de la doctrina sostiene que “la regla del artículo 1762 es un error porque crea una excepción injustificable a la responsabilidad, ya que consagra un privilegio y no afronta el problema desde la perspectiva correcta”⁴¹. En sustento de esta afirmación, se parte de la premisa que la figura del *profesional liberal* es una “especie sociológica que se encuentra en proceso de extinción”⁴². En efecto, “históricamente, el término “profesión liberal” parece tener su origen remoto en el hecho de que, en Roma, las actividades intelectuales correspondían a los hombres libres, mientras que las manuales eran desempeñadas por los esclavos; de ahí que el término “profesión liberal” tenga una connotación de actividad vinculada de alguna manera con el intelecto”⁴³. Esta era una época en la cual, tanto el conocimiento, como el *status* de profesional era de una *elite*. Sin embargo, en el siglo XIX se produce el fenómeno de la “democratización del saber”⁴⁴ y, con ello, la actividad del profesional se masifica. Otra de las causas del desvanecimiento del *status* del profesional fue el surgimiento de las “profesiones técnicas” frente a aquellas denominadas “clásicas”⁴⁵. Asimismo, el profesional deja de ser “liberal”, para convertirse en “dependiente” y “a todo ello vinieron a agregarse los llamados profesionales “medios” o paraprofesionales, que cada vez son más y más importantes dentro del mundo actual”⁴⁶, vale decir, las enfermeras, los ortopédicos, técnicos, entre otros. Con ello “el mundo de hoy se profesionaliza a

³⁷ ESPINOZA ESPINOZA, *Responsabilidad Civil de los Profesionales*, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, UNMSM, Vol. 49, Lima, 1991-1992, 325. En este mismo sentido, FERNÁNDEZ CRUZ, op. cit., 63.

³⁸ GUTIERREZ CAMACHO, op. cit., 67.

³⁹ El cual prescribe que “se presume que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor”.

⁴⁰ Que establece lo siguiente: “actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

⁴¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, op. cit., 74. En el sentido de abrogar el art. 1762 c.c. para evitar una “irresponsabilidad eufemística”, WOOCOTT OYAGUE, op. cit., 151-152.

⁴² DE TRAZEGNIES GRANDA, op. cit., 75.

⁴³ DE TRAZEGNIES GRANDA, op. cit., 77, quien sostiene que, al no cobrar sueldos los profesionales liberales, éstos percibían “honorarios”, por “el honor que implica el ejercicio de tal actividad” (cit.).

⁴⁴ DE TRAZEGNIES GRANDA, op. cit.

⁴⁵ DE TRAZEGNIES GRANDA, op. cit., 78.

⁴⁶ DE TRAZEGNIES GRANDA, op. cit., 79.

pasos agigantados y toda persona requiere de un cierto grado de profesionalismo para vivir⁴⁷. Consecuentemente, “ese profesionalismo moderno y popularizado, que se ejerce entremezclado con la vida comercial e industrial, lleva a que el campo de lo profesional tienda a identificarse poco a poco con la sociedad toda. Desde esta perspectiva, las actividades llamadas profesionales no son sino las prestaciones de servicios en general, ya que toda prestación de servicios (salvo el caso más simple de la mano de obra no calificada) tiende a constituirse en una actividad propia, con un mínimo de conocimientos especiales y que constituye el medio de vida de la persona⁴⁸”.

Comparto la opinión que “la idea de profesión se ha extendido de tal manera que ya no es un criterio seguro ni práctico de demarcación de las actividades sociales⁴⁹”, y, en atención a ello, un modelo jurídico más justo sería el que prescindiera de esta situación de privilegio. Sin embargo, las coordenadas legislativas regulan esta disparidad de tratamiento y el art. 1762 tiene que ser aplicado a la luz del principio de igualdad sustantiva. Esto se puede lograr, interpretando este *saldo de inmunidad histórica* de una manera restrictiva, vale decir, cuando el profesional intervenga en aquellos casos en los cuales la ciencia no ha dado una respuesta cierta ni definitiva⁵⁰.

4. El profesional como proveedor en una relación de consumo y su responsabilidad por infracción a la Ley de Protección del Consumidor

Dentro del formante legislativo nacional, la Ley de Protección al Consumidor, D. Leg. No. 716, del 07.11.91, define a los proveedores como “las personas naturales o jurídicas que fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden o suministran bienes o prestan servicios a consumidores” (art. 3, inc. b). Asimismo, define como servicios a “cualquier actividad de prestación de servicios, que se ofrece en el mercado a cambio de una retribución, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito, de seguridad y los **servicios profesionales**. Se exceptúan los servicios que se brindan bajo relación de dependencia” (art. 3, inc. d). Estos dispositivos resultan bastante claros para incluir al profesional (en tanto prestador de servicios) como proveedor dentro de una relación de consumo. De ello se desprende que “cualquier acreedor de los servicios del profesional es un consumidor⁵¹”. Yo me permitiría agregar, de acuerdo al formante legislativo y jurisprudencial administrativo en esta

⁴⁷ DE TRAZEGNIES GRANDA, op. cit., 81.

⁴⁸ DE TRAZEGNIES GRANDA, op. cit.

⁴⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, op. cit..

⁵⁰ Hay quien prefiere hablar de “apreciar jurisprudencialmente en cada caso la culpa de una manera razonable” (DE TRAZEGNIES GRANDA, op. cit., 73). Con respecto a la responsabilidad civil del productor, siguiendo la Directiva CEE No. 85/374, que establece su exoneración probando que “el estado de los conocimientos científicos y técnicos, al momento en el cual el fabricante puso en circulación el producto, no permitía considerar todavía el producto como defectuoso”, hay quien afirma que el denominado “riesgo de desarrollo” sería el parámetro para “objetivizar” la responsabilidad civil (FERNÁNDEZ CRUZ, *Dios no quiera que se repita el cuento*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 6, No. 23, Lima, agosto, 2000, 10).

⁵¹ VEGA MERE, *La responsabilidad administrativa médica y la protección a los consumidores. De la prueba de la culpa (responsabilidad civil) al análisis de la calidad del servicio (responsabilidad administrativa)*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 6, No. 22, cit., 31.

materia, que cualquier acreedor, en su condición de destinatario final⁵² de los servicios del profesional, es un consumidor.

La pregunta que podría surgir es que, no obstante pueda ser considerado el profesional como proveedor y el acreedor de los servicios profesionales como consumidor, y habiendo una legislación y una competencia judicial por responsabilidad civil de los profesionales, ¿tendrá que ser doblemente sancionado el profesional?. La respuesta la tenemos tanto en el art. 39 del D. Leg. No. 716⁵³ y en un pasaje de la Resolución Final No. 189-2000-CPC, del 13.03.00 que, si bien no se trata de un caso de responsabilidad administrativa del profesional, resulta pertinente:

“Los procedimientos seguidos ante la Comisión no tienen por finalidad resolver los conflictos de naturaleza civil (o penal) que pueden surgir entre un consumidor y un proveedor, sino determinar la responsabilidad administrativa en la que puede haber incurrido este último. En efecto, frente al incumplimiento de las obligaciones del proveedor o a la lesión de los derechos de los consumidores, dentro de una relación de consumo, se pueden generar diversos tipos de responsabilidad, sea esta administrativa, civil o penal. La primera, si se verifica que se han infringido las normas contenidas en la Ley de Protección del Consumidor,

⁵² Dentro del formante legislativo nacional, la Ley de Protección al Consumidor, D. Leg. No. 716, define a los consumidores o usuarios como “las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios” (art. 3, inc. a). A partir de un caso, en el cual una E.I.R.L., adquirió un laboratorio fotográfico (compuesto por un procesador de películas y una impresora) “con garantía de un año”, a una conocida empresa del ramo, la que le vendió un producto defectuoso, motivo por el cual se le denunció ante el INDECOPI, este organismo tuvo la oportunidad de pronunciarse oficialmente respecto de los alcances de la definición de consumidor. En efecto, mediante Resolución No. 5, del 05.10.95, la Comisión de Protección al Consumidor, declaró improcedente esta denuncia, por no considerarse competente para conocer la misma, por cuanto el denunciante no era considerado como un “destinatario final” en los términos establecidos por la ley ya comentada. Apelada esta decisión, la Sala de la Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Propiedad Intelectual, mediante Resolución No. 101-96 TDC, de fecha 18.12.96, confirmó esta decisión, resolviendo que “se considera consumidor o usuario, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del Artículo 3° del Decreto Legislativo N° 716, a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto o un servicio para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato. No se consideran por tanto consumidores y usuarios para los efectos de la Ley a los proveedores cuando adquieren, utilizan o disfrutan de un bien o servicio para fines propios de su actividad como tales, según las definiciones contenidas en los Artículos 1°⁵² y 3° inciso b) del mencionado cuerpo legal. En tal sentido, las denuncias que tengan por pretensión la protección de intereses de quienes no puedan ser considerados consumidores o usuarios, deberán ser declaradas improcedentes”. Sobre mi posición respecto a esta interpretación, permítaseme remitir a ESPINOZA ESPINOZA, *Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente*, en *Thémis*, Segunda Epoca, No. 38, cit., 159.

⁵³ El cual establecía en su versión original que: “Los proveedores que violen las normas establecidas en la presente ley serán sancionados administrativamente sin perjuicio de las acciones civiles o penales a que hubiere lugar”. Mediante la Ley No. 27311, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor, del 12.07.00, se ha modificado este numeral de la siguiente manera: “La Comisión de Protección al Consumidor es el único órgano administrativo competente para conocer de las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en la presente Ley, así como para imponer las sanciones administrativas y medidas correctivas establecidas en el presente Título. La competencia de la Comisión de Protección al Consumidor sólo podrá ser negada por norma expresa con rango de ley. Las sanciones administrativas y medidas correctivas detalladas en el presente Título se aplicarán sin perjuicio de las acciones de carácter civil y la aplicación de las sanciones penales a que hubiera lugar”.

es de Competencia del INDECOPI. La responsabilidad, civil o penal, será resuelta a través del Poder Judicial”.

De esta manera el profesional-proveedor está obligado a responder administrativamente por la calidad e idoneidad de los productos y servicios que pone en circulación en el mercado, de acuerdo al art. 8⁵⁴ del D. Leg. No. 716, Ley de Protección al Consumidor y a la interpretación que la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual le ha dado, mediante un precedente de observancia obligatoria⁵⁵. A este

⁵⁴ El cual establece lo siguiente: “**Responsabilidad de los proveedores.** Los proveedores son responsables, además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase, en lo que corresponde”. Este artículo ha sido interpretado por la Sala de Defensa de la competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, mediante Resolución No. 085-96-TDC, del 13.11.96, que confirmó la Resolución en la cual la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Humberto Tori Fernández contra Kouros E.I.R.L., a propósito de la comercialización de un par de zapatos que se rompieron dos meses después de haber sido adquiridos. En dicha Resolución, se estableció el siguiente precedente de observancia obligatoria:

- “a) De acuerdo a lo establecido en la primera parte del artículo 8 del Decreto Legislativo 716, se presume que todo proveedor ofrece como una garantía implícita, que el bien o servicio materia de la transacción comercial con el consumidor es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren éstos en el mercado, según lo esperaría un consumidor razonable, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados, lo que comprende el plazo de duración razonablemente previsible de los bienes vendidos. Sin embargo, si las condiciones y términos puestos en conocimiento del consumidor o que hubieran sido conocibles usando la diligencia ordinaria por parte de éste, contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor excluyen o limitan de manera expresa los alcances de la garantía implícita, estas exclusiones o limitaciones serán oponibles a los consumidores.
- b) La carga de la prueba sobre la idoneidad del producto corresponde al proveedor del mismo. Dicha prueba no implica necesariamente determinar con precisión el origen o causa real de un defecto, sino simplemente que éste no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo”.

⁵⁵ El artículo 8 del D. Leg. No. 716 ha sido interpretado por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, mediante Resolución No. 085-96-TDC, del 13.11.96, que confirmó la Resolución en la cual la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Humberto Tori Fernández contra Kouros E.I.R.L., a propósito de la comercialización de un par de zapatos que se rompieron dos meses después de haber sido adquiridos. En dicha Resolución, se estableció el siguiente precedente de observancia obligatoria:

- “a) De acuerdo a lo establecido en la primera parte del artículo 8 del Decreto Legislativo 716, se presume que todo proveedor ofrece como una garantía implícita, que el bien o servicio materia de la transacción comercial con el consumidor es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren éstos en el mercado, según lo esperaría un consumidor razonable, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados, lo que comprende el plazo de duración razonablemente previsible de los bienes vendidos. Sin embargo, si las condiciones y términos puestos en conocimiento del consumidor o que hubieran sido conocibles usando la diligencia ordinaria por parte de éste, contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor excluyen o limitan de manera expresa los alcances de la garantía implícita, estas exclusiones o limitaciones serán oponibles a los consumidores.
- b) La carga de la prueba sobre la idoneidad del producto corresponde al proveedor del mismo. Dicha prueba no implica necesariamente determinar con precisión el origen o causa real de un defecto, sino

mosaico interpretativo se le debe agregar el reformado (por la Ley No. 27311) art. 41 del D. Leg. No. 716, que establece que “los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones contenidas en la presente ley”⁵⁶. En conclusión: para la Ley de Protección del Consumidor, el profesional-proveedor tiene responsabilidad objetiva administrativa por la idoneidad y calidad de los (bienes y) servicios que pone en circulación en el mercado. Sin embargo, cierta doctrina ya ha expresado su preocupación por la última reforma y ha advertido que la responsabilidad administrativa del proveedor no debe afirmarse “en términos absolutos”⁵⁷.

¿Cuáles son los alcances de esta responsabilidad administrativa?. En primer lugar se debe recordar que la responsabilidad civil y administrativa son dos tipos de responsabilidad de naturaleza diversa y, por consiguiente, el concepto de responsabilidad civil objetiva (derivada del incumplimiento de un contrato con obligaciones de resultado o derivada de un daño extracontractual) no coincide, con el de responsabilidad administrativa objetiva por infracción de la Ley de Protección del Consumidor, por cuanto esta última se limita a invertir la carga de la prueba a efectos que sea el proveedor el que demuestre que la falta de idoneidad o calidad del producto o del servicio no le son atribuibles. Dicho en otras palabras: ante la denuncia de un consumidor insatisfecho que pruebe su daño, se presume *iuris tantum* que el proveedor es responsable (se entiende, por la idoneidad y calidad del producto o del servicio que pone en circulación en el mercado). Y es justamente, en el momento que el proveedor debe demostrar su *falta de responsabilidad*, que puede disolver esta presunción, demostrando que empleó la diligencia requerida en el caso concreto o acreditando que hubo ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante de un tercero o del propio consumidor dañado. Insisto en tener en cuenta que ambas responsabilidades son de naturaleza y competencia distinta. Así, la Resolución No. 0321-2000/TDC-INDECOPI, de la Sala de Defensa de la Competencia, con fecha 02.08.00, ha precisado que:

“Si bien es cierto que la responsabilidad administrativa por infracciones a la Ley de Protección al Consumidor es objetiva, la sanción podrá variar dependiendo de si el infractor actuó, además con culpa leve, culpa grave, culpa inexcusable o dolo al producir el daño. Este factor, debe ser distinguido del grado de participación causal, pues podría existir una

simplemente que éste no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo”.

Sobre la aplicación de este precedente en materia de tarjetas de crédito y débito, cfr. ESPINOZA ESPINOZA, *Responsabilidad de las personas jurídicas. Experiencia jurisprudencial administrativa en materia de defensa del consumidor*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 6, No. 21, Lima, junio, 2000, 109 y ss.

⁵⁶ El artículo completo recita: “Los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones contenidas en la presente Ley. Los proveedores infractores podrán ser sancionados administrativamente con una Amonestación o con una Multa, hasta por un máximo de 100 (cien) Unidades Impositivas Tributarias, sin perjuicio de las medidas correctivas a que se refiere el artículo siguiente, que se dicten para revertir los efectos que las conductas infractoras hubieran ocasionado o para evitar que éstas se produzcan nuevamente en el futuro.

La imposición y la graduación de la sanción administrativa a que se refiere el párrafo precedente será determinada atendiendo a la gravedad de la falta, el daño resultante de la infracción, los beneficios obtenidos por el proveedor, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión. Las multas impuestas constituyen en su integridad recursos propios del INDECOPI salvo lo dispuesto en el Artículo 45 de la presente Ley”.

⁵⁷ Así, a propósito de la responsabilidad de los productores, FERNÁNDEZ CRUZ, op. cit.

acción dolosa que contribuyera poco a la producción del daño o un caso de culpa leve que tuviera una gran contribución a la producción del daño. En consecuencia, el análisis sobre el grado de intencionalidad del agente se realiza con independencia del análisis de causalidad”.

Veamos algunos casos que se han presentado, haciendo la salvedad que voy a centrarme exclusivamente en el aspecto de la responsabilidad administrativa del profesional. Los hechos se refieren a una denuncia que interpone el señor Guimet en contra de la Clínica Ricardo Palma y el médico Chávez, por cuanto, al ser llevada su hija al servicio de emergencia en esta clínica y al someterla a pruebas como las de orina, hematología y radiografía al tórax, el Dr. Chávez diagnosticó la existencia de una infección urinaria, debido a la presencia de leucocitos en cantidad de 27,600 x mm³ y que no habían problemas pulmonares, luego de revisar la placa radiográfica. Pequeño particular: hubo un error de digitación y en verdad, la menor registraba leucocitos en cantidad de 7,600 x mm³, no tenía una infección urinaria y, en otra clínica, el neumólogo determinó la existencia de un caso preocupante de neumonía. Mediante Resolución No. 1, de fecha 16.06.97, la Comisión de Protección al Consumidor, se declaró fundada la denuncia en contra de la Clínica Ricardo Palma e improcedente con respecto del doctor Chávez. En ella, se delimita la naturaleza de la prestación de servicios profesionales del médico, de la siguiente manera:

“Si bien las personas que acceden a los servicios médicos tienen como interés fundamental el de obtener un restablecimiento total de los problemas de salud que les aquejen, en atención a las características y a la naturaleza de los servicios médicos, no es razonable exigir como obligación de los médicos el obtener este tipo de resultados. Sin embargo, es razonable sostener que quien accede a la prestación de un servicio médico espera cuando menos una atención llevada con el cuidado y la diligencia conducentes al logro de su curación, empleando los conocimientos profesionales y la técnica correspondiente de manera adecuada”.

En esta resolución, la Comisión estima conveniente, además, evaluar los hechos a la luz de lo dispuesto por el art. 9⁵⁸ de la Ley de Protección al Consumidor, en este tipo de prestaciones profesionales, por cuanto:

“por naturaleza, siempre conllevan un grado de riesgo que podría afectar la salud o la integridad física de los consumidores, ya sea porque ellos derivan en la prescripción de productos farmacéuticos o porque podrían devenir en una intervención quirúrgica, etc. Sin embargo, estos riesgos provienen de la propia naturaleza del servicio, mas no por cuestiones de negligencia, impericia o imprudencia del médico, ya que de ser así, estaríamos frente a riesgos injustificados que atentan contra la salud e integridad física de los consumidores, al ser riesgos que, previsiblemente y por la propia naturaleza del servicio, no debieran existir”.

⁵⁸ Que establece lo siguiente: **Productos o servicios riesgosos a la salud o seguridad del consumidor. Art. 9.**—“Los productos y servicios puestos a disposición del consumidor no deben conllevar riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes. En caso que, por la naturaleza del producto o del servicio, el riesgo sea previsible, deberá advertirse al consumidor de dicho riesgo, así como del modo correcto de la utilización del producto o servicio”.

Con fecha 24.06.88, la Sala de la Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, mediante Resolución No. 0170-1998/TDC-INDECOPI, resuelve lo siguiente:

“Se confirma la Resolución No. 1 de la Comisión de Protección al Consumidor, mediante la cual se sancionó a la Clínica Ricardo Palma con una multa equivalente a 15 (quince) UIT, por infringir los artículos 8 y 9 del Decreto Legislativo No. 716, al cometer en la transcripción del examen de leucocitos que se practicó a la hija del denunciante. Asimismo, se reforma la resolución apelada en el extremo en que declaró improcedente la denuncia respecto del médico José Chávez Ferrer, respecto del cual se la declara infundada, toda vez que no quedó acreditado que hubiese actuado negligentemente. Asimismo, se modifica la resolución de la Comisión en el extremo en que se ordenó la publicación de la misma en el diario oficial “El Peruano”, dejándose sin efecto dicha medida”.

Quisiera detenerme en la responsabilidad del médico. La Sala de Defensa de la Competencia, sobre la base de un informe solicitado a la Facultad de Medicina Humana de la Universidad San Martín de Porres, analizó la calidad e idoneidad de la prestación de servicios del profesional: datos como que el médico solicitó al padre de la paciente que se internara, y al no ser posible, no se pudo tener un cuadro completo de la enfermedad; el estudio correcto de la radiografía presentada e indicación de medicamentos adecuados para el diagnóstico inicial que había efectuado el médico, hicieron concluir que:

“las pruebas actuadas en el procedimiento no permiten concluir que el doctor Chávez hubiese actuado con negligencia en el tratamiento de la paciente, por lo que no se ha acreditado una infracción a la Ley de Protección al Consumidor”.

Así, al demostrar que el galeno-proveedor prestó diligentemente sus servicios profesionales, se disuelve la presunción de su responsabilidad administrativa. El concepto de “debida diligencia” lo vemos en el siguiente pasaje de la Resolución Final No. 655-99-CPC, de fecha 06.12.99, de la Comisión de Protección al Consumidor, en la que establece que:

“Es importante considerar que en el caso de los servicios de atención médica, por su propia naturaleza, éstos siempre conllevan un grado de riesgo. Por lo tanto es necesario que los doctores y entidades encargadas de la administración de servicios de salud actúen con la mayor diligencia posible, toda vez que, cualquier error podría ocasionar un grave daño. Un consumidor razonable cuando acude a una institución médica o a un servicio médico en particular, no espera que al solicitar un servicio, se le asegure un resultado, en tanto éste no es realmente, pero si espera que el servicio sea brindado con la diligencia debida y con la mayor dedicación, utilizando todos los medios requeridos para lograr el fin deseado, dado que lo que está en juego finalmente es una vida⁵⁹. La obligación de un médico es poner su experiencia, conocimientos, habilidad y toda su capacidad en la curación de un paciente, pudiendo

⁵⁹ Esta posición también se sigue en la Resolución Final No. 142-2000-CPC, del 21.02.00, de la Comisión de Protección al consumidor, que se comentará posteriormente.

producirse eventualidades como el estado de salud del paciente, su naturaleza física u otros que impidan alcanzar un resultado deseado. No obstante, siendo que, en el presente caso, la obligación que un médico asume frente a su paciente es una de medios y no de resultados, se considerará cumplida la obligación, a pesar de no alcanzar el resultado deseado, cuando el médico haya puesto todo de sí para lograrlo, actuando con la debida diligencia”⁶⁰.

También puede descartarse la responsabilidad objetiva administrativa, (*rectius*: la presunción de responsabilidad administrativa) por el hecho propio del consumidor-acreedor de la prestación de servicios profesionales. Como ejemplo de ello, tenemos el siguiente pasaje de la Resolución Final No. 667-99-CPC, del 06.12.99, de la Comisión de Protección al Consumidor, en el cual se establece que:

“la Comisión considera que si bien el tratamiento y el diagnóstico de los médicos puede ser el adecuado, también pueden existir hechos o condiciones externas que influyan variando o empeorando el estado de un paciente. Es el caso particular de la denunciante, quien luego de haber demostrado una recuperación de su rodilla derecha, sufrió una nueva lesión a causa de una flexión brusca, lo que motivó nuevos tratamientos y exámenes, que llevaron a los médicos a detectar la existencia de una lesión meniscal”.

Si el médico trabaja en una estructura sanitaria, su responsabilidad administrativa varía, aunque relativamente, según sea la relación entre el profesional y el consumidor y (también) la relación entre el profesional y la estructura sanitaria. Así se precisó en la Resolución Final No. 677-99-CPC, de fecha 15.12.99, de la Comisión de Protección al Consumidor:

“la Comisión considera que respecto a los servicios médicos brindados a la paciente en la Clínica San Borja son responsables en igual forma tanto la clínica mencionada como el señor Miranda. En efecto, en su escrito de descargos, la Clínica San Borja señaló que el señor Miranda es uno de sus médicos especializados y fue quien tuvo a su cargo a la paciente. Lo anterior se corrobora con el hecho que el cobro por los servicios médicos suministrados por la clínica incluyen los servicios efectuados por el Médico Miranda. Por tanto, es claro que dentro de los servicios que ofrece la Clínica San Borja a sus clientes se encuentran los suministrados por el médico Miranda”.

Sin embargo, en la misma resolución, se precisa, respecto de otra relación médico-estructura sanitaria, que:

“La Comisión considera que la decisión de consumo de los servicios del médico Barboza se debieron a que el denunciante quería contratar con esa persona siendo secundario la clínica donde se efectuaría la atención médica. Por todo lo anterior, la Clínica sólo habría prestado su infraestructura médica al médico Barboza para que este pueda efectuar la atención de la paciente. Por tal motivo, la Clínica San Felipe sólo es responsable de los servicios de infraestructura médica que brindó a la

⁶⁰ Esta posición también se repite en la Resolución Final No. 677-99-CPC, del 15.12.99, de la Comisión de Protección al Consumidor, la cual se comentará posteriormente.

paciente, siendo la responsabilidad del tratamiento médico del señor Barboza”.

De ello podemos concluir que si el consumidor acude a la estructura sanitaria y esta última presta sus servicios a través de un profesional, ambos son responsables administrativamente por la calidad e idoneidad de los servicios profesionales⁶¹; pero si el consumidor acude a la estructura sanitaria porque quiere ser atendido por un médico determinado, sólo éste responde administrativamente por los servicios prestados. El caso se refiere a una penosa historia de una paciente que había sido intervenida quirúrgicamente por oclusiones intestinales desde marzo de 1988, la cual culmina en febrero de 1998, con un cuadro de septicemia que le causó la muerte. El padre de la paciente denuncia por presunta infracción de la Ley de Protección al Consumidor a los médicos y a las estructuras sanitarias que atendieron a su hija, ya que en el ínterin de las operaciones cambió del médico Miranda, de la Clínica San Borja, al médico Barboza, de la Clínica San Felipe. De los hechos denunciados quiero comentar dos: la paciente al salir de la sala de operaciones el 03.01.98 presentaba un hematoma en el cráneo de 2” de diámetro, a lo cual ni la Clínica San Borja, ni el médico Miranda dieron una explicación y, el segundo, cuando en una curación efectuada por el médico Barboza a la paciente, en febrero de 1998, se encontró un cuerpo extraño debajo de la herida operatoria, el cual fue identificado por un dren de penrose, procedente de una de las operaciones efectuadas por el médico Miranda.

Respecto del primer hecho, la Comisión determinó que hubo una infracción del artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor, por cuanto:

“el médico Miranda ha reconocido que la paciente presentaba el mencionado hematoma, sin embargo no ha acreditado que dicho defecto en el servicio médico no le es imputable, es decir, que haya sido producido por un hecho fortuito, por fuerza mayor o por el hecho de un tercero. En efecto, el médico Miranda ha señalado en sus descargos que efectivamente existía un hematoma en el cuero cabelludo y que es probable que se haya debido a los efectos de la recuperación después de aplicada la anestesia. La Comisión considera que aún si esta fuera la razón, los denunciados sabiendo que dichos efectos los puede producir la anestesia debieron haber tomado las medidas necesarias para evitar que la propia paciente se lastimara. De acuerdo al informe pericial ningún paciente puede esperar recibir en el servicio un daño adicional a la patología que lo lleva a necesitar el servicio asistencial. Asimismo, el mencionado informe señala que esta clase de hechos deben estar absolutamente controlados por el prestador de servicios de salud más aún si se conoce, la probabilidad de estos sucesos en pacientes pos operados”.

En lo que se refiere a la responsabilidad del doctor Miranda y de la Clínica San Borja, por haber dejado un dren debajo de la herida operatoria, la Comisión precisó que:

⁶¹ Esta posición es también asumida por la Sala de la Defensa de la Competencia, en la Resolución No. 170-1998/TDC-INDECOPI, ya comentada, la cual establece que: “en el presente caso, si bien podría decirse que el consumidor no se vinculó voluntariamente con el doctor Chávez, debido a que no eligió directamente a este profesional para que le prestara el servicio, ello no quiere decir que dicho médico hubiese perdido la condición de proveedor que le otorga la ley, motivo por el cual debe responder por los daños que pudiera causar en el ejercicio de su profesión”.

“de acuerdo a la pericia, el hecho de dejar un dren en la paciente no es un hecho anormal, al contrario los drenes son colocados en la paciente para permitir la salida de líquidos, secreciones, contenido hemático y otros, así como para evitar colecciones de material orgánico y evitar procesos sépticos por colección de material contaminante que de no evacuarse serían un caldo de cultivo para gérmenes”.

Sin embargo, en este aspecto, la Comisión también determinó responsabilidad por infracción del art. 8 de la Ley de Protección al Consumidor, por cuanto:

“De acuerdo al informe pericial, hubo un inadecuado registro tanto de los drenes como de las indicaciones del manejo de los mismos, lo cual era necesario para el conocimiento y manejo por parte de otros profesionales del tratamiento de la paciente” (...).

“La Comisión considera que la Clínica San Borja y el señor Miranda son responsables por la falta de idoneidad en su servicio al no haber informado adecuadamente de los drenes que dejaron en la paciente al doctor Barboza. En tal sentido, dicha información era relevante porque, el hecho de no informar al futuro médico tratante la existencia de un dren podía incrementar los riesgos de la paciente de sufrir algunas infecciones o otras anomalías. En efecto, de acuerdo a la pericia el hecho de haber dejado un dren podía haber contribuido con la creación de una infección focalizada”.

Encontramos otra infracción del art. 8 de la Ley de Protección al Consumidor, en el siguiente caso: La señora Ramírez el 29.04.99 se sometió a una operación denominada histerectomía laparoscópica (extracción del útero practicada en la zona abdomino perineal) en la Clínica Montesur a cargo del médico Negrón y, como resultado de la misma, sufrió una lesión que no le permite mover normalmente su pierna derecha. Frente a la denuncia hecha por la señora Ramírez, ante la Comisión de Protección al Consumidor, a la Clínica Montesur y al doctor Negrón, ambos contestaron que dicha lesión se debió a la presión ejercida por las pierneras o los estribos empleados para mantenerla en posición ginecológica durante la operación. La Comisión, mediante Resolución Final No. 142-2000-CPC, del 21.02.00, determinó que había infracción de los arts. 8 y 9 de la Ley de Protección al Consumidor, de acuerdo a la siguiente consideración:

“En opinión de la Comisión, de lo expuesto se infiere que la lesión sufrida por la denunciante no es un riesgo inherente a la operación practicada. Así, los denunciados estaban en condiciones de prever dicho riesgo y no adoptaron las medidas destinadas a evitarlo.

En ese sentido, la Comisión considera que un consumidor razonable, en las circunstancias descritas no esperaría que luego de someterse a una histerectomía laparoscópica termine con una lesión en la pierna derecha que le impida caminar normalmente, como ocurrió en el presente caso”.

Mediante Resolución Final No. 647-2000-CPC, del 20.10.00, se decidió el caso de un consumidor-paciente que, con fecha 03.03.00, se hizo operar de apendicectomía en el Hospital Nacional Arzobispo Loayza al que, si bien le extrajeron el apéndice, le dejaron una gasa en el abdomen. Al sentir, después de la

(mala) operación, dolores intensos, tuvo que retornar al servicio de emergencia del Hospital en varias oportunidades para recibir un tratamiento en base de antibióticos. Cuando el paciente se entrevistó con el director del Hospital, éste ordenó que se le hicieran los análisis necesarios. En efecto, las placas radiográficas tomadas registraron accesos de pus en varios puntos de la cavidad abdominal. No obstante ello, el doctor Yong, Jefe del Servicio de Cirugía, indicó que el paciente fuera atendido por consulta externa del Departamento de Cirugía General y no en el servicio de emergencia. Por dichas razones, el señor Montes, acudió al Hospital Central de Arequipa en donde le ordenaron realizarse una ecografía a cargo de un médico radiólogo, el cual detectó la presencia de un "cuerpo extraño" en el organismo, por lo cual, el 06.01.00 fue intervenido en el Hospital Central de Arequipa, en donde le extrajeron una compresa de gasa de 45 x 34 cms. con olor fétido conforme a lo señalado en la macroscopía del informe patológico. Posteriormente, el 07.01.00 se realizó una segunda intervención, en la cual se determinó la existencia de un corte en la parte dañada del intestino.

En sus descargos, el doctor Iriarte (quien es el responsable de la operación) sostuvo que durante la intervención quirúrgica se realizó el conteo de las gasas, reportándose como completo y conforme. Frente a lo cual, la Comisión de Protección al Consumidor, opinó que:

"si bien los protocolos asistenciales establecen los procedimientos técnicos aplicables para el desarrollo de determinadas intervenciones médicas, su existencia no exonera de responsabilidad a los médicos que no actúen con la diligencia debida, de acuerdo a cada caso específico. Por tal motivo, corresponde desestimar el argumento formulado por el doctor Iriarte.

En relación al conteo de las gasas realizado durante la intervención quirúrgica practicada al señor Montes, debe considerarse que si bien se ha acreditado que el referido control evidenció datos conformes, ello no constituye una prueba indubitable de la idoneidad del servicio brindado a dicho paciente, más aún cuando existe un proceso post operatorio complejo como el aludido por el denunciante, debido a la existencia de un cuerpo extraño en el interior de su organismo.

De este modo, el doctor Iriarte debió aportar los medios probatorios idóneos que sustenten técnicamente que en la operación efectuada al paciente no se dejó ningún cuerpo extraño dentro del organismo del señor Montes.

Sin embargo, los resultados de los análisis que obran en el expediente no acreditan suficientemente que como consecuencia de la operación practicada al señor Montes no se hubiera detectado la presencia de un cuerpo extraño alguno en la zona abdominal intervenida. Así, en relación a este extremo, la Comisión considera que esta circunstancia, podría haber sido acreditada mediante las imágenes reportadas en la radiografía y ecografía practicadas al señor Montes. No obstante, éstas no fueron presentadas durante el transcurso del presente procedimiento".

Con respecto al responsable del tratamiento post operatorio, el doctor Herrera, se observó que:

"Debe señalarse que cuando una persona accede a un servicio de atención médica post operatoria espera que, de presentarse

complicaciones como consecuencia de la intervención quirúrgica practicada, éstas sean tratadas de manera adecuada y diligente, más aún cuando se encuentra en riesgo la propia salud del paciente.

En el presente caso, ha quedado acreditado que como consecuencia de la intervención quirúrgica realizada al señor Montes por los médicos del Hospital denunciado se dejó una gasa en el interior de su organismo, la misma que le causó diversas complicaciones. De este modo, el accionar del doctor Herrera hizo que el señor Montes continuara un tratamiento inadecuado para la afectación presentada, lo cual, retardó el proceso de mejora del referido paciente que incluso pudo complicarse con el devenir de los días por lo que tuvo que acudir a otro Hospital donde se le efectuó un tratamiento adecuado”.

En atención a ello, la Comisión de Protección al Consumidor, sancionó tanto al Hospital, como a los doctores Yong, Herrera e Iriarte, por infracción al art. 8 de la Ley de Protección al Consumidor, por cuanto:

“prestaron un servicio negligente al señor Montes durante la intervención y el tratamiento post operatorio de la intervención quirúrgica de apendicectomía que se practicaron”.

Los profesionales médicos no han sido los únicos proveedores denunciados por los consumidores. Tenemos el caso del señor Palomino que contrató los servicios del abogado Chipana, a fin que lo represente en dos procesos, pagándole, para tal efecto, la suma total de US\$700.00. Luego, el señor Palomino pudo constatar que el abogado Chipana no adjuntó a la demanda los medios probatorios que le dio, ni había impulsado el trámite de la denuncia. Como consecuencia de ello, lo denuncia ante la Comisión de Protección al Consumidor, la cual, según Resolución Final No. 344-99-CPC, del 07.07.99, fue declarada fundada, estableciendo que:

“un consumidor razonable, al contratar los servicios profesionales de un abogado o de un estudio de abogados, espera que los proveedores del servicio actúen de una manera diligente a fin de prestar adecuada y oportunamente el servicio contratado. Así, de presentarse inconvenientes en la prestación de dicho servicio, un consumidor razonable esperaría ser informado de estos hechos y estar al tanto del caso, a fin de tomar la decisión de continuar o no con la contratación del servicio.

Debe tenerse en cuenta que en casos como el presente, el denunciado no se encuentra obligado a brindar un resultado determinado sino a brindar un servicio que involucra determinados actos y conductas. En este sentido, el denunciante no podía alegar que el servicio no ha sido idóneo simplemente porque no se llegó a satisfacer su pretensión, sobre todo si quien presta el servicio ha actuado de manera diligente. La Comisión considera que la prestación idónea de este tipo de servicio incluye informar al consumidor sobre la situación exacta del proceso y sobre las posibles acciones que se puedan tomar en el mismo, con la finalidad de que el consumidor pueda tener mayor conocimiento y pueda elegir las acciones a tomar que considere pertinentes”.

Otra de abogados: la señora Vidal en el mes de julio de 1996 contrató los servicios profesionales del abogado Peramás, con el fin de gestionar la declaratoria

de herederos de su padre. Para tal efecto, ella realizó dos pagos, uno en julio de 1996 por S/. 360 y otro de S/. 140 en agosto del mismo año, por concepto de gastos judiciales. La señora Vidal ante la demora del servicio solicitado le requirió al abogado que le informara respecto al proceso, sin recibir respuesta alguna. En atención a ello, la señora Vidal, en el mes de noviembre, le reclamó la devolución de los documentos que le entregó para la tramitación del proceso mencionado, los mismos que no le fueron entregados. El abogado, una vez denunciado en abril de 1997 ante la Comisión, en sus descargos afirmó que la denunciante no le brindó toda la información relevante para el caso y que, posteriormente, sucedieron hechos que ocasionaron que el servicio ofrecido se volviera más complejo y difícil; pero que en todo momento tuvo a la denunciante informada del caso. La Comisión, mediante Resolución Final No. 348-99-CPC, del 07.07.99, declaró al abogado Peramás responsable por infracción de lo dispuesto en el art. 8 del D. Leg. No. 716, reproduciendo los extremos de la Resolución Final No. 344-99-CPC, de la misma fecha, estableció que un “consumidor razonable” no tendría que:

“esperar seis meses para que los documentos entregados para la prestación de un servicio que no se prestó (sic) le sean devueltos ni tener que acudir a una instancia administrativa para que su reclamo sea solucionado por el proveedor del servicio. El tiempo transcurrido perjudicó a la denunciante y la retención de sus documentos le impidió acudir a otro abogado para obtener el servicio que requería.”

Los profesionales no sólo pueden ser responsables por la idoneidad o calidad de los (bienes o) servicios que ponen en circulación en el mercado. También pueden serlo por falta de información a los consumidores-acreedores de la prestación de servicios profesionales. En efecto, en los artículos 5, inc. b) ⁶² y 15⁶³ de la Ley de Protección al Consumidor, se regula la obligación de información del proveedor para que el consumidor realice una elección adecuada⁶⁴. Esto lo podemos observar en el siguiente caso: el médico Noriega practicaba periódicamente a la señora Lercari diversas ecografías como parte de su control gestacional. En base a dichas ecografías informó a los señores Lercari que la señora se encontraba esperando gemelas y que éstas se encontraban en perfecto estado de salud. No obstante ello, la señora Lercari dio a luz dos bebés, una de las cuales murió a las pocas horas de nacida por presentar diversas malformaciones que le impedía vivir fuera del vientre materno. Debido a ello, los señores Lercari denunciaron al doctor Noriega ante la Comisión de Protección al Consumidor, por presunta infracción de la Ley de Protección al Consumidor, por cuanto han visto defraudadas sus expectativas, pues esperaban tener dos niñas y no que una de ellas muriera como

⁶² El cual establece lo siguiente: “ **Derechos de los consumidores.** En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos: (...)

b) derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios. (...)”

⁶³ El cual regula: “**Información sobre productos y servicios ofertados.** El proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada, muy fácilmente accesible al consumidor o usuario la información sobre los productos y servicios ofertados. (...)”

⁶⁴ A propósito de la prestación de servicios médicos, se sostiene que: “también en la relación médico-paciente (profesional-cliente) es posible advertir una inarmónica (e inevitable) distribución de la información. Tampoco podría ser de otra manera, pues de lo contrario la condición y la eventual especialidad de cualquier profesional no tendría el valor agregado que se le reconoce sobre el saber común” (VEGA MERE, op. cit., 31).

consecuencia de malformaciones que pudieron ser detectadas por las ecografías tomadas por el doctor Noriega. Este, en su descargo, expresó que la bebé fallecida sufrió de "agenesia renal bilateral", la cual no pudo ser detectada en las ecografías tomadas, pues el aumento de las glándulas suprarrenales determinó que el feto apareciera como normal. El doctor Noriega acreditó, con una carta emitida por el Colegio Médico del Perú, que "la ecografía constituye una técnica de alta precisión que alcanza el 90% de exactitud general" se citó bibliografía que sostiene que la malformación que tenía la bebé tenía un 63% de imposibilidad de detección.

La Comisión de Protección al Consumidor, mediante Resolución Final No. 139.2000, del 21.02.00, si bien consideró que el servicio brindado por el doctor Noriega fue idóneo, sancionó al doctor Noriega por infracción de los arts. 5, inc b) y 15 de la Ley de Protección al Consumidor, por cuanto:

"En opinión de la Comisión, un médico al dedicarse a la prestación de servicios profesionales como proveedor cuenta con los medios suficientes para procesar información vinculada a su actividad. En ese sentido, se encuentra en mejor posición que un consumidor para acceder a información especializada, como, en este caso, la relacionada a la exactitud de los resultados que arrojan las ecografías tomadas a un paciente.

La Comisión considera que un médico que ofrece el servicio de ecografías gineco obstétrico debe informar a sus pacientes sobre el grado de certeza de los resultados obtenidos a partir de la interpretación de las ecografías tomadas. (...)

En este sentido, de la revisión del expediente no se desprende documento alguno que acredite que el doctor Noriega informó a los denunciantes que las ecografías tomadas a la señora Lercari no necesariamente podrían coincidir con la realidad. Por el contrario, ha quedado acreditado que el doctor Noriega informó a los denunciantes que los fetos tenían caracteres ecográficos normales".

Siempre por este tipo de infracción, la Comisión de Protección al Consumidor, sancionó a una notaria con una amonestación, por cuanto se le informó a un consumidor después de 11 meses que había un saldo a su favor (S/. 54,87) por los derechos registrales abonados. En efecto, mediante Resolución Final No. 568-2000-CPC, del 15.09.00, la Comisión expresa que:

"se declara fundada la denuncia interpuesta por Iván Carluis Fernández López contra la Notaría Ricardo Ortiz de Zevallos Villarán por infracción al artículo 5 inciso b) y 15 de la Ley de Protección al Consumidor. Ello toda vez que la Notaría no informó oportunamente al señor Fernández acerca de la existencia de un saldo a su favor por los derechos registrales abonados. En tal sentido, se sanciona a la denunciada con una amonestación".

Por cierto, este tipo de información fue calificado de relevante, en atención a que:

"la Comisión considera que la información referida a la existencia de un saldo de devolución a favor del consumidor por el pago de derechos registrales en una Notaría Pública, constituye información relevante para éste, toda vez que se trata de información respecto al dinero del

consumidor, cuya omisión generará un perjuicio económico a éste último”

Con la reforma introducida por la Ley No. 27311, del 17.07.00, las sanciones que han de imponer la Comisión de Protección al Consumidor por las infracciones de la Ley de Protección del Consumidor, no se limitarán, como en el anterior modelo legislativo circulante, a imponer multas, sino también a la “devolución de la contraprestación pagada por el consumidor” (art. 42, inc. e), y a “cualquier otra medida que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro” (art. 42, inc. f), entre otras⁶⁵. Lejos de ver en estas facultades un conflicto de competencia con el Poder Judicial, debemos tener en cuenta que “la competencia del Indecopi en materias vinculadas a la protección del consumidor es una contribución a la administración de justicia en el Perú. En este sentido, el Indecopi es un aliado del Poder Judicial. Se trata de un complemento que, por un lado, facilita el acceso del consumidor a mecanismos heterónomos de solución de conflictos, en tanto los costos de acceder a la tutela del Indecopi son significativamente menores que los costos de acceder al Poder Judicial. Por otro lado, la competencia del Indecopi en estas materias alivia sustancialmente la carga de trabajo del Poder Judicial”⁶⁶.



Espinoza Juan
"La responsabilidad civil y administrativa de los profesionales"

⁶⁵ El texto completo del (reformado) art. 42 de la Ley de Protección al Consumidor establece que: “Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiera lugar, la Comisión de Protección al Consumidor actuando de oficio o a pedido de parte, podrá imponer a los proveedores que incurran en alguna de las infracciones tipificadas en la presente Ley, una o más de las siguientes medidas correctivas:

- a) Decomiso y destrucción de mercadería, envases, envolturas y/o etiquetas;
- b) Clausura temporal del establecimiento o negocio hasta por un máximo de 60 (sesenta) días calendario;
- c) Publicación de avisos rectificatorios o informativos en la forma que determine la Comisión, tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción hubiera ocasionado. La publicación se realizará por cuenta y costo del infractor, hasta por un máximo de 30 (treinta) días calendario;
- d) Reposición y reparación de productos;
- e) Devolución de la contraprestación pagada por el consumidor; y/o,
- f) Cualquier otra medida que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro.

Los bienes o montos que sean objeto de medidas correctivas serán entregados por el proveedor directamente al consumidor que los reclama, salvo mandato distinto contenido en la resolución. Aquellos bienes o montos materia de una medida correctiva, que por algún motivo se encuentren en posesión del INDECOPI y deban ser entregados a los consumidores beneficiados, serán puestos a disposición de éstos. En el caso de bienes o montos que no hayan sido reclamados al cabo de un año, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 45 de este Decreto Legislativo”.

⁶⁶ INDECOPI, *Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor: Diagnóstico y Propuesta*, Documento de Trabajo No. 001-2000, Área de Estudios Económicos del Indecopi, Separata Especial, Normas Legales, Lima, 15.03.00, 184738.