

La responsabilidad profesional en el Derecho argentino

Atilio Aníbal Alterini

Roberto M. López Cabana

1. CONGRESOS JURIDICOS QUE SE OCUPARON DEL TEMA

CUATRO ENCUENTROS JURIDICOS, realizados en la Argentina en los últimos años, se dedicaron especialmente al análisis de la responsabilidad profesional en el Derecho argentino: las "1as. Jornadas Provinciales de Derecho Civil", desarrolladas en Mercedes (Provincia de Buenos Aires), del 6 al 8 de agosto de 1981 (1); el "2o. Encuentro de Abogados Civilistas", llevado a cabo en Santa Fe (Provincia de Santa Fe), del 30 de junio al 2 de julio de 1988 (2); las 1as. Jornadas Rosarinas sobre temas de Derecho Civil, que tuvieron lugar en Rosario (Provincia de Santa Fe), los días 6 y 7 de octubre de 1988 (3); y las 1as. Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, organizadas por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Provincia de Buenos Aires), entre el 24 y el 26 de noviembre de 1988.

La importancia de la cuestión, su expansión en el Derecho comparado (4), y los debates abiertos en la Argentina a raíz de un texto —el

(1) Las conclusiones fueron publicadas en la "Revista Jurídica del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Mercedes" (Provincia de Buenos Aires), año 1, 1983, p. 308 y ss.

(2) Sus conclusiones se publicaron en Rev. LA LEY Actualidad, ej. del 30.8.88, p. 3/4.

(3) La Rev. LA LEY Actualidad publicó las conclusiones en el ej. del 10.11.88, p. 3.

(4) TUNC, André, "Le spectre de la responsabilité civile", en "Revue internationale de Droit comparé", año 38, No. 4, octubre/diciembre de 1986, p. 1163, señala la situación actual en los EE.UU. a propósito de la responsabilidad por mala práctica médica, y que el informe del *Tort Policy Working Group* propone —entre otras recomendaciones— establecer un máximo indemnizatorio de U.S. \$ 100.000 para los daños no patrimoniales.

art. 1625— del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación, sancionado por la Cámara de Diputados el 15.7.87 (5), hacen de sumo interés analizar las conclusiones de aquéllos y de otros Congresos de civilistas sobre ese tema.

2. LA CARACTERIZACION DEL PROFESIONAL

El concepto de *profesión*, seguramente porque ha sido traído a la ley desde el lenguaje jurídico (6), es equivoco.

El adoptado en 1981 por las Jornadas de Mercedes tuvo tres soportes: a) "la importancia o trascendencia de la actividad", b) su dependencia

(5) El referido Proyecto de Unificación fue elaborado por una Comisión Asesora Honoraria integrada por los profesores doctores Héctor ALEGRIA, Jorge H. ALTERINI, Miguel C. ARAYA, Horacio P. FARGOSI, Sergio LE PERA, Ana Isabel PIAGGI, Francisco A. de la VEGA y Atilio A. ALTERINI. Luego de la sanción en la Cámara de Diputados pasó en revisión al Senado, que designó —a su vez— una Comisión Técnica Asesora presidida por el profesor doctor Luis MOISSET de ESPANES, que se encuentra desempeñando sus tareas.

Sobre los debates referidos, v., p. ej., en el aspecto *jurídico*, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Algunas acotaciones críticas al proyecto de unificación legislativa civil y comercial", Rev. LA LEY, t. 1987-E, ps. 870/71; ZANNONI, Eduardo A., "Las denominadas obligaciones contractuales de resultado y el incumplimiento sin culpa en el Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial", en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", año 1987, t. 20, p. 918; GHERSI, Carlos A., "La sistemática de la reparación por daños, en la estructura del Proyecto de unificación civil y comercial", Jur. Arg., to. 1987-III, p. 799; LORENZETTI, Ricardo, "La responsabilidad civil del médico en el Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial", Rev. LA LEY, to. 1988-B, p. 904; KRAUT, Alfredo J., "El mito de la mala práctica médica", Jur. Arg., to. 1988-II, p. 389; REGGI, Ernesto E., "Un enfoque más sobre la responsabilidad profesional a la luz del Proyecto de unificación", Rev. LA LEY Actualidad, ej. del 10.9.88, p. 1; MORELLO, Augusto M., "La responsabilidad civil de los profesionales liberales y la prueba de la culpa", Rev. LA LEY, ej. del 4.11.88, p. 1; y, desde ángulos *sectoriales*, solicitada de F.E.M.E.C.A. (Federación Médica de la Capital Federal), en "La Nación" del 6.10.87, p. 17; de F.E.M.E.B.A. (Federación Médica de la Provincia de Buenos Aires), en "La Nación" del 9.10.87, p. 11; editorial del mismo diario, del 12.10.87; posición de la Academia Nacional de Medicina, en "La Prensa", ej. del 21.5.88, p. 6; de la F.A.C.A., (Federación Argentina de Colegios de Abogados), suplemento especial en Rev. LA LEY, ej. del 20.11.87, p. 3; del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, en Rev. LA LEY Actualidad del 7.7.88, p. 4, etc.

El texto del mencionado art. 1625 del Proyecto es el siguiente: "Las tareas de los profesionales liberales están sujetas a las siguientes reglas, sin perjuicio de normas especiales imperativas: 1. Se aplican a ellas lo dispuesto en los arts. 625 y 626. 2. En caso de controversia queda a cargo del profesional la prueba de haber obrado "sin culpa" en los términos del art. 514. Pero si de lo convenido o de las circunstancias resultara que el profesional debió obtener un resultado determinado, sólo se liberará demostrando la incidencia de una causa ajena. 3. La utilización de técnicas que se encuentre en estado de experimentación debe ser consentida expresamente por aquél a quien se preste el servicio". El del art. 514, que en él se cita, es éste: "Caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto no ha podido evitarse. Hay incumplimiento "sin culpa" cuando el deudor acredita que, para cumplir, habría sido menester emplear una diligencia mayor que la exigible por la índole de la obligación".

(6) CATTANEO, G., "La responsabilita del professionista", Milano, 1958, p. 3.

"de habilitación conforme a la ley", y c) "que está (o debiera estar) reglamentada" (Rec. 2).

Esta noción ha sido considerablemente extendida en el Encuentro de Santa Fe de 1988: ahora se predica que el concepto de profesional, "en sentido amplio, supone la concurrencia de algunas de estas notas distintivas en su desempeño: habitualidad, reglamentación, habilitación, presunción de onerosidad, autonomía técnica y, en su caso, sujeción a la colegiación, sumisión a normas éticas y sometimiento a potestades disciplinarias. No es imprescindible el título profesional universitario" (Rec. 1) (v. *infra*, No. 5).

3.a) Profesión liberal.

A su vez, la noción de *profesión liberal* exige algunas precisiones:

- (i) Desde que en Roma las *operae* libres, predominantemente intelectuales, estaban reservadas a los ciudadanos libres, y las labores, esencialmente manuales, correspondían al esclavo, se ha encontrado semejanza entre profesión liberal y profesión intelectual, aunque "no toda profesión intelectual es profesión liberal, ni toda actividad que se desempeña de modo libre y autónomo es propiamente intelectual" (7).
- (ii) Correlativamente, se ha discriminado entre *métier* (oficio) y *profession*, en el origen mismo de la difusión actual del distinguo entre obligaciones de medios y de resultado (8), aunque en la primera categoría se incluye al profesional de la arquitectura. En nuestro Código civil, ubicándolo en el rol de locador de obra, el art. 1630 consagra para él un régimen severísimo de responsabilidad, acentuado por el art. 1646 (texto según ley 17711).
- (iii) En otra versión, la separación entre ambos conceptos derivaría del hecho de implicar la profesión un "sacerdocio que pone en juego la capacidad y la honorabilidad personal en cada acto de ejercicio" (9).

(7) YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, "La responsabilidad civil de profesional liberal", Madrid, 1987, p. 11.

(8) DEMOGUE, René, "Traité des obligations", Paris, 1925, t. V, No. 1327.

(9) RISOLIA, Marco A., "Prédica universitaria", Buenos Aires, 1974, p. 79; BRANDITER - BREDIN, cit. por FORTINO, Marcela, "La responsabilidad civil del profesionalista", Milano, 1984, p. 40, alude a "una sacra trilogía: desinterés, dignidad, independencia".

- (iv) Inclusive, se afirma que hay "relación social" entre los profesionales liberales y sus clientes (10), y que "ahora corresponde calificar como *sociales* a las profesiones que antes se denominaron *liberales*" (11).

4.b) Delimitación del concepto de profesional

Otra discrepancia concierne a la delimitación —restringida o amplia— del concepto:

- (i) Una postura asigna el carácter de sujeto de una profesión sólo a quien "ostente un diploma profesional obtenido en forma regular" (12), exigiendo —para su desempeño— que esté "debidamente habilitada por el respectivo título universitario" (13).
- (ii) Otra, en sentido lato, incluye al *martillero* y al *corredor* (14); al *periodista* (15); al *banquero*; al *corredor de bolsa* (16); al *agente de viajes* (17); etc.

(10) SAVATIER, René, "La profession liberale", Poitiers, 1947, p. 34.

(11) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad profesional de los martilleros y corredores", Jur. Arg., t. 1976-I, p. 369, No. 6. En sentido concordante, LEGA, Carlo, "Deontología de la profesión de abogado", trad. M. Sánchez Morón, Madrid, 1983, p. 25, señala que todas las profesiones intelectuales "desarrollan una función social", y están asimismo "calificadas como servicios de necesidad pública".

(12) TRIGO REPRESAS, Félix A., "Responsabilidad civil de los profesionales", en "Seguros y responsabilidad civil", Buenos Aires, 1978, t. 1, p. 27.

(13) Consulta 23-11-83, en "Boletín de la Dirección General Impositiva" No. 367, p. 113.

(14) Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, en ob. cit. y en "Temas de Derecho Civil", obra colectiva sobre las "V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil" —San Rafael, Mendoza, 1978—, Buenos Aires, 1980, p. 189; CAMARA, Héctor, "Observaciones al proyecto de estatuto profesional del martillero o rematador", Jur. Arg. Doct. 1970, p. 234; ORTIZ DE GUINEA, F., "La profesión de rematador en la República Argentina", Buenos Aires, 1947; RICHARD, Efraín Hugo, "El martillero frente a las sociedades y casas de remates", Jur. Arg. Doct. 1972, p. 299 y "Empresas y sociedades de remate (decreto-ley 20266/73)", Jur. Arg. Doct. 1975, p. 235; etc.

(15) Ed. de "La Nación" del 7.6.88. Adoptaron idéntico criterio, por haberlo incluido entre otros profesionales, el "Simposio sobre responsabilidades profesionales" organizado por la Universidad Nacional de Cuyo, Asociación de Magistrados, Colegio de Abogados y Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Mendoza, realizado en esa ciudad, los días 3 y 4 de octubre de 1985; y también el "Seminario sobre responsabilidad civil de los profesionales" dictado en la Universidad Nacional Nordeste, en Resistencia (Chaco), del 11 de setiembre al 10 de octubre de 1987.

(16) PARELLADA, Carlos, su comunicación a la "I Conferencia Internacional sobre la Unificación del Derecho Privado en la Argentina", Tucumán, 1987, ap. 10.

(17) VINEY, Genevieve, "La responsabilité: conditions", París, 1982, No. 555.

Aunque, en verdad, el "carácter, a menudo fluctuante e incierto de la calificación", determina que "no puede ser fijada de manera definitiva más que por intervención del legislador" (18), lo cual implica un doble género de problemas fundamentales: por lo pronto, precisar los alcances del concepto de *profesional*; y luego, establecer si tal carácter justifica un régimen de responsabilidad especial.

5.c) *Notas distintivas del profesional*

El Encuentro de Santa Fe, al caracterizar al profesional en sentido amplio (*supra*, No. 2), ha tomado en cuenta ciertas notas distintivas que resultan del análisis del sistema jurídico.

Estas notas, cabe señalar, fueron propuestas a ese Encuentro en nuestra ponencia, publicada en el suplemento de la Revista Jurídica Zeus, de Rosario, (Provincia de Santa Fe), año 1988. Con posterioridad, el criterio que allí propiciamos fue también admitido en las Jornadas de Rosario (Rec. 2 de "lege lata", Com. 2); y en las de Profesores de Derecho, de Lomas de Zamora (Rec. 2, Com. 4).

Su nómina es la siguiente:

- (i) *Habitualidad*. La exigen el lenguaje natural (19), y el jurídico, al definir al comerciante (20). Los arts. 1627 y 1628, Cód. civil, hacen mérito de la "profesión o modo de vivir".
- (ii) *Reglamentación*. Como se ha visto *supra*, No. 2, las Jornadas de Mercedes también pusieron el acento en la reglamentabilidad de la actividad.
- (iii) *Habilitación*. Correlativamente, las mismas Jornadas de Mercedes entendieron que el ejercicio supone una habilitación previa.

(18) VINEY, G., ob. cit., p. 665.

(19) Diccionario de la Real Academia Española, 20a. ed., Madrid, 1984, t. II, p. 1108, adj. *profesional*, 3a. acepción.

(20) Conf. ANAYA, Jaime L. -PODETTI, Humberto A., "Código de Comercio antoado", t. I, p. 180, texto y citas de sus notas 16 y ss. Sobre la calificación como *profesional* del comerciante frente al consumidor, precisando la inferioridad contractual con relación a aquél "en el dominio de su competencia técnica", GHESTIN, Jacques, "Les obligations. Le contrat", París, 1980, No. 59.

- (iv) *Presunción de onerosidad*. Resulta tanto del Cód. de Comercio (arts. 5, 8, 218, inc. 5o.), como del Cód. civil (art. 1627).
- (v) *Autonomía técnica*. Aun cuando promedie locación de servicios o relación laboral, el profesional sólo tiene subordinación jurídica (21).
- (vi) *Sujeción a colegiación*. El profesional puede estar sujeto a colegiación obligatoria, lo cual —salvo el caso del periodista— no obsta el art. 16 del Pacto de San José de Costa Rica (ley 23.054), según ha sido recientemente resuelto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (22).
- (vii) *Sumisión a normas éticas*. El ejercicio profesional exige, de ordinario, el respeto de normas éticas, codificadas o no, que constituyen su deontología particular (23).
- (viii) *Sometimiento a potestades disciplinarias*. El poder de policía estatal da lugar al ejercicio de potestades disciplinarias, por vía de la colegiación (24), o aun sin ella (25).

6. REGIMEN APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

No es dudosa la importancia de precisar las normas aplicables a las responsabilidades profesionales, claro está, una vez definida la extensión del concepto. Las Jornadas de Mercedes propugnaron —como vimos—

-
- (21) Conf. art. 86, ley 20744, t.o. dec. 390/76; Cám. Nac. Civ., sala C, Rev. LA LEY, t. 156, p. 276; Cám. Civ. y Com. Ros., Rev. LA LEY, Dig. Jur. IV, p. 122, n. 305. El Encuentro de Santa Fe precisó que la "relación de dependencia se da cuando existe: a) un débito profesional de una conducta efectiva, no fungible, de tracto sucesivo, destinada a satisfacer una demanda indirecta, concesión del derecho de autodeterminación estructural, y con discrecionalidad técnica; b) la sujeción del negocio a la finalidad jurídica de la actividad empresarial" (Rec. 6 *de lege lata*).
 - (22) V. COLAUTTI, Carlos E., "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre la colegiación obligatoria de los abogados", en Rev. LA LEY Actualidad, ej. del 2.6.88, p. 1; BASLA, Enrique P., "Colegiación, constitucionalidad y derechos humanos", en Rev. LA LEY Actualidad, ej. del 9.6.88, p. 2, ap. V.
 - (23) En la doctrina española se enfatiza que el cumplimiento de las reglas de deontología profesional es "el mejor antídoto para evitar cualquier posible pleito por responsabilidad. La moral, para el profesional —al igual que para el Derecho—, no es sólo faro que ilumina las conductas, sino muro que elimina las contiendas": RICO PEREZ, Francisco, "La responsabilidad civil del farmacéutico", Madrid, 1984, p. 354, texto a nota 440.
 - (24) P. ej., ley 23.187, en materia de abogados.
 - (25) Anterior ley 22.192.

un régimen especial, que atienda a la "importancia o trascendencia de la actividad" y soslaye —entre otros mecanismos— la inadaptación del distinguo entre responsabilidad contractual y extracontractual (26), dando en cambio relevancia a "la determinación de la carga de la prueba" (Rec. 4), aunque en el contexto de ubicar la responsabilidad profesional, en principio, como "una de las manifestaciones del Derecho común" (Rec. 1, comp. con *infra*, No. 9). Las Jornadas de Rosario hicieron suya la misma recomendación (Rec. 1 "de lege lata", Com. 2).

7.a) Responsabilidad contractual o extracontractual

La actual superación de tal distinguo se advierte, v. gr., en el campo de la responsabilidad notarial, que es considerada contractual inclusive frente al otorgante del acto no cliente (27), o de la emergente de daños al consumidor, que ha pasado por alto toda barrera entre ambos sistemas (28).

8.b) Obligaciones de medios y de resultado

Otra cuestión concierne a las categorías de obligaciones de medios y de resultado, que muchas veces han sido llevadas fuera de su contexto propio (29), e inclusive hasta se las ha considerado superadas (30).

(26) VINEY, G., ob. cit.: "la responsabilidad derivada de la inejecución de las obligaciones profesionales debe estar sometida en principio al mismo régimen, sea que el daño afecte al contratante directo o a un tercero" (No. 243), y "es preciso orientarse francamente hacia un régimen autónomo" (No. 244, con cita de SERLOOTEN en nota 93 bis).

(27) ALTERINI, Atilio Aníbal, "Estudio de títulos", en Rev. LA LEY, t. 1981-B, p. 858, n. 10 y sus citas. También en "Cuestiones modernas de responsabilidad civil", ed. LA LEY, Buenos Aires, 1988, p. 277.

(28) VINEY, G., ob. cit., No. 245, texto y nota 106. La Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea del 25.7.85 (85/374/CEE) unifica la extensión de la responsabilidad y el plazo de prescripción, haya o no contrato entre la víctima y el responsable de su indemnización (arts. 10 y 13); en la reciente Encíclica "Sollicitudo rei socialis", S.S. JUAN PABLO II subraya que lo producido por la industria humana "con la elaboración de las materias primas y con la aportación del trabajo, debe servir igualmente al bien de todos" (ed. Paulinas, Buenos Aires, 1988, No. 39, p. 63).

El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, antes citado, propende a esa unificación de los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual, al prever la derogación del art. 1107 y reformular los arts. 520, 521, 906 y 3933 del Código Civil argentino.

(29) ALTERINI, Atilio Aníbal, "Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad civil", en Rev. LA LEY, t. 1988-B, p. 947.

(30) PARELLADA, Carlos, su comunicación cit., 1.a. conclusión; conf. MAYO, Jorge, en cuanto considera que, tratándose de responsabilidad del médico, corre por su cuenta la carga de la prueba del cumplimiento de sus obligaciones, en las Jornadas mercedinas, Rec. 7, Tema 3.

La resistencia de estas nociones a ser aprehendidas en moldes rígidos resulta, p. ej., de que un mismo supuesto —el daño resultante del telesquí— haya podido ser considerado, por la jurisprudencia francesa, obligación de medios desde 1949 (31), de resultado a partir de 1968 (32), y nuevamente de medios desde 1986 (33); o de que en materia de transporte haya hecho discriminaciones de las cuales resulta una obligación de resultado a favor del pasajero (34), que se torna en obligación de medios si el vehículo está detenido (35), y antes del ascenso o después del descenso por parte del pasajero (36).

El Encuentro de Santa Fe precisó que “la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado es inoperante a los fines de configurar normativamente el débito profesional”, y agregó que “el deber de prestación se conforma con la disposición de todos los medios orientados hacia la obtención del resultado que integra el objeto de un modo mediato”, así como que “dichos medios deben juzgarse de acuerdo con lo dispuesto por la autonomía privada, las reglas administrativas, civiles, de injerencia externa del empleador o del cliente y el modelo del buen profesional de la especialidad” (Rec. 2) (37).

9. ESPECIFICIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

El pensamiento jurídico actual propende a considerar la responsabilidad profesional —estimada, como vimos *supra* No. 2, en sentido amplio— con criterios particulares a ella (38).

(31) Cass. Civ., 7.2.49, J.C.P. 1949.2.4959.

(32) Cass. Civ. 1a., 8.10.68, D. 1969-157.

(33) Cass. Civ. 1a., 11.3.86, Bull. Civ. I, No. 65.

(34) Cass. Civl., 28.7.70, D. 1970-767.

(35) Cass. Civ., 12.11.69, J.C.P. 1970.II.16190.

(36) Cass. Civ. 1a., 1.7.69, D. 1969-640.

(37) ORGAZ, Alfredo. “La culpa (Actos ilícitos)”, Buenos Aires, 1970, p. 135; TRIGO REPRESAS, Félix A., “Responsabilidad civil de médicos y establecimientos asistenciales”, en Rev. LA LEY, t. 1981-D, p. 140, texto a nota 26; BUERES, Alberto J., “Responsabilidad civil de los médicos”, Buenos Aires, 1979, p. 206.

(38) VINEY, G., ob. y lag. cit. El Proyecto de Ley de defensa del consumidor, sancionado por el Senado Nacional el 29.10.86, contiene un estatuto especial aplicable a quienes “desarrollen actividades de producción, distribución o comercialización de bienes a consumidores, o prestación de servicios a usuarios” (art. 4); v. *infra*, nota 54.

En ese orden de ideas, el Encuentro de Santa Fe declaró que "la responsabilidad profesional, entendida en sentido lato, debe ser regulada conforme a criterios específicos" (Rec. 1 *de lege ferenda*).

10.a) *Acentuación de la severidad*

Se ha sostenido que "el hecho que el deudor es un profesional incita a la severidad, en tanto que la dificultad y el área de la actividad ejercida intercede a menudo en sentido inverso" (39).

El criterio estricto de apreciación de la culpa en la responsabilidad profesional fue recibido por los torneos jurídicos argentinos. Las Jornadas de Mercedes estimaron que "como uno de los factores en la apreciación de la culpa de los profesionales es menester computar el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas y, en su caso, la condición especial del agente de que se trate" (Rec. 5); y el Encuentro de Santa Fe declaró que "la culpa del profesional debe apreciarse según el tipo promedio al que pertenece el agente (40), debiendo tomarse en cuenta, además, su condición especial (art. 909, Cód. Civil)" (Rec. 3).

Otra manifestación de severidad es la declaración de invalidez de las cláusulas limitativas o eximentes de responsabilidad profesional, propiciada por las Jornadas de Mercedes (Rec. 6) (41).

(39) VINEY, G. ob. cit., No. 555.

(40) Lo cual adecua al concepto, también adoptado, de "modelo de buen profesional de la especialidad", v. *supra*, texto y nota 36. La jurisprudencia suele exigir una diligencia máxima: para las prestaciones médicas, Cam. Nac. Civ., sala E, El Der., t. 119 p. 623; sala F, Jur. Arg., t. 1982-IV, p. 229; Cám. Nac. Fed. Civ. y Com., sala I, Rev. LA LEY, t. 1985-A, p. 612, fallo 36.757-S; Cám. Nac. Especial Civ. y Com., sala IV, El Der. t. 104, p. 209; etc. En tal situación —ha dicho VINEY, ob. cit., No. 533— la causa de liberación se ubica "a veces próxima al caso fortuito". En sentido concordante, BORDA, Guillermo A., "La reforma del Código Civil: Responsabilidad extracontractual (I)", en El Der. t. 30 p. 809, No. 4, destaca que el nuevo art. 1113 del Cód. Civil sólo introdujo oficialmente la teoría del riesgo en nuestro Derecho positivo, desde que la jurisprudencia la "había aplicado por su cuenta"; esta afirmación tiene sustento en cuanto, con anterioridad a la ley 17.711, los fallos ya habían establecido el afinamiento del concepto de culpa en los hechos ilícitos (conf. TRIGO REPRESAS, Félix A., "Responsabilidad civil por accidentes de automotores", t. 2-B, Buenos Aires, 1987, p. 423, texto y notas 270-272).

(41) Las "Jornadas sobre responsabilidad civil" (En homenaje al Profesor doctor Roberto H. Brebbia), Rosario, 1986, Com. 1, declararon la invalidez de las cláusulas limitativas en la responsabilidad extracontractual (Rec. 1), en los contratos predispuestos (Rec. 2.2), y en los contratos discrecionales cuando no promedia una adecuada equivalencia económica con la renuncia (Rec. 2.1, ampliación de los doctores BORDA, BOULIN, GHERSI, LIZARRALDE, de FABA, MESSINA de ESTRELLA GUTIERREZ y PARELLADA), v. "Responsabilidad civil", Rosario, 1988, p. 71. En los EE.UU., desde un fallo de la Corte de California de 9.7.63,

A su vez, las 3eras. Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, reunidas en Junín (Provincia de Buenos Aires), del 27 al 29 de octubre de 1988, al analizar el régimen especial de los contratos "por adhesión" o sometidos a "cláusulas predisuestas", recomendaron "considerar inválidas las cláusulas que: a) afecten el derecho del adherente que resulte de normas supletorias, o amplíen los derechos del predisponente, en ambos casos en desmedro de la relación de equivalencia; b) establezcan la no-responsabilidad del predisponente, aunque hayan sido admitidas por el adherente" (Rec. II, 4, tema "B"). Con respecto a los contratos en que una de las partes tiene *superioridad técnica*, se acordó en interpretar "que la otra se halla en situación de *inferioridad jurídica*" (Rec. I, 3, Tema "B").

Correlativamente, al tomar en cuenta la problemática de las técnicas en grado de experimentación, y el carácter más o menos aleatorio del resultado de la actividad (v. *infra*, No. 12 (iii)), se atenúa la responsabilidad profesional.

11.b) Presunciones de causalidad

La presunción de causalidad a nivel de autoría que resulta del 2o. párr. del art. 1113 del Cód. Civil argentino (42) es aplicable al profesional: el Encuentro de Santa Fe auspició una regulación que contemple "los casos de responsabilidad objetiva por las cosas y actividades riesgosas" (Rec. 1 *de lege ferenda*). Las Jornadas de Mercedes, en punto a la responsabilidad médica, ya habían admitido que "cuando en la producción del daño interviene una cosa que adquiere importancia relevante en relación con el acto médico puro, el profesional es responsable a menos que pruebe

referido a responsabilidad médica, se toma en cuenta el tipo de actividad y su trascendencia para el público, el diferente *bargaining power* (poder de negociación) de las partes, y la predisposición del contrato, como módulos para la invalidez de la cláusula limitativa de responsabilidad: conf. PONZANELLI, Giulio, "Le clausole di esonerazione dalla responsabilità civile", Milano, 1984, p. 169 y ss. El art. 12 de la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 1985 (v. *supra*, nota 28), también repudia las cláusulas eximentes o limitativas de responsabilidad.

(42) En cuanto atribuye el daño extracontractual causado "por vicio o riesgo de la cosa", a menos que se acredite la incidencia de una causa ajena (culpa de la víctima o hecho de un tercero extraño). V. ALTERINI, Atilio Aníbal - LOPEZ CABANA, Roberto M., "Presunciones de causalidad y de responsabilidad", en *Rev. LA LEY*, t. 1986-E, p. 983, y en "Cuestiones modernas de responsabilidad civil", cit., p. 37, espec. No. 5.

la existencia de una causa ajena" (Rec. 9) (43), así como que "en ciertas hipótesis de prestación médica es exigible el "buen resultado" de la actividad" (Rec. 8) que —también— fue reconocido en la responsabilidad del abogado para "ciertas hipótesis de asesoramiento y servicios" (Rec. 17) (44).

En las Jornadas de Lomas de Zamora se reconocieron "hipótesis en las cuales se exige la prestación de un buen resultado, lo cual concierne a distintos módulos interpretativos que atienden a las circunstancias de la prestación (por ejemplo: bien jurídico que involucra, grado de participación del acreedor en ella, aleatoriedad), a la asegurabilidad del riesgo, etc." (Rec. 5, Com. 4).

12.c) *La carga de la prueba*

Las Jornadas de Mercedes se refirieron así a este principal protagonista de la responsabilidad civil: "En el tema de la responsabilidad profesional es relevante la determinación de la carga de la prueba" (Rec. 4). En el caso puntual de la responsabilidad médica, precisaron que, en principio, incumbe al demandante la prueba de la culpa o dolo del demandado (Rec. 7), pero —como se vio *supra*, No. 11— en ciertas situaciones cabe también la responsabilidad objetiva o, cuando menos, la necesidad de acreditar la consecución del "buen resultado", o las causas de su fracaso.

El Encuentro de Santa Fe formuló tres recomendaciones trascendentes en esta cuestión:

(i) "Son aplicables los principios procesales para la distribución de la

(43) Sobre el daño contractual con intervención de cosas, v. TRIGO REPRESAS, Félix A., "Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de cosas inanimadas en el ejercicio de la profesión", en Rev. LA LEY, t. 1981-B, p. 762. En materia de responsabilidad médica se aplica el régimen de daños causados por las cosas: Cám. Nac. Civ., sala C, Rev. LA LEY, t. 1977-A, p. 124 (incubadora), sala F, El Der., t. 44 p. 694 (anestesia), en el caso de una descarga eléctrica letal que privilegió la noción de culpa, pero se la apreció con estricto, valorando asimismo el comportamiento procesal asumido: Cám. Civ. y Com. Rosario, sala 2a., Zeus, t. 16, p. J-255 (v. *supra*, nota 40).

(44) Los Congresos jurídicos, sin embargo, han sido vacilantes en cuanto a la ruina de edificio: tanto en las Jornadas de Mercedes (Rec. 13, como en las "4tas. Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil" (San Rafael, Mendoza, 1976, Tema 1, Rec. 6), se sostuvo que la víctima está precisada a probar la ruina y el vicio. Pero las disidencias de Jorge MAYO en las Jornadas mercedinas, y de Jorge MOSSET ITURRASPE y Gustavo R. MEILLU en las sanrafaelinas, en el sentido que la ruina hace presumir la existencia del vicio —y la congruente responsabilidad del demandado—, conciben con la jurisprudencia: Cám. Nac. Civ., sala A, Rev. LA LEY, t. 1976-C, p. 7; sala E, Rev. LA LEY, t. 1977-C, p. 182; SCBs.As., Rev. LA LEY, t. 155, p. 644.

carga de la prueba. Cuando la responsabilidad se sustenta en la culpa, en orden a las circunstancias del caso, alcance de la pretensión y defensas, situación privilegiada en materia técnica, etc., el profesional tiene la carga *exclusiva y concurrente* de acreditar su diligencia" (Rec. 4) (45).

- (ii) En cuanto a las eximentes invocables por el profesional, estimó que "cuando la responsabilidad es subjetiva, el profesional se exime demostrando que de su parte no hubo culpa; cuando es objetiva, debe acreditar necesariamente una causa ajena" (Rec. 5) (46).
- (iii) *De lege ferenda*, propuso tomar en cuenta —aparte de los supuestos ya vistos, *supra*, Nos. 10 y 11, de afinamiento del concepto de culpa, y de daños causados por cosas o actividades riesgosas— "el cortejo que rodea al desempeño, como circunstancias de personas, tiempo y lugar, en el sentido del art. 512 del Cód. Civil, inclusive la problemática que plantean las técnicas en estado de experimentación" (47), así como el "grado de certeza en la satisfacción del objeto obligacional (interés del acreedor)" (Rec. 1 *de lege ferenda*).

Las Jornadas de Rosario entendieron que la división que puede formularse en materia de responsabilidad profesional "no involucra una rigidez en la carga probatoria, ya que tanto puede tener que probar el actor como el demandado" (Rec. 5 de "lege lata"), y que de "lege ferenda" (Rec. 2) "resulta plenamente justificada la inversión de la carga probatoria consagrada en el art. 1625, ap. 2o. del Proyecto de Unificación".

13. EL PROYECTO DE UNIFICACION

El Encuentro de Santa Fe, finalmente, consideró que "es correcto, tanto desde el punto de vista metodológico como sustancial, el régimen

(45) V. sobre esto ALTERINI, Atilio Aníbal, ob. cit., *supra* en nota 27, espec. Nos. 15 y 23.

(46) Es lo previsto por el art. 1625 del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación, que el Encuentro de Santa Fe apoyó *de lege ferenda*: v. *infra*, No. 13.

(47) V. *supra*, nota 5. Congruentemente, el art. 1113 del mismo Proyecto da relevancia a la prueba de haber adoptado "todas las medidas técnicas idóneas para evitar el daño", lo que viene a excluir al denominado *riesgo de desarrollo*, que estaba comprendido en el Proyecto de Directiva de la Comunidad Económica Europea de 1976 (art. 1o., 2o., párr.), y fue eliminado por la Directiva de 1985 (art. 7, inc. e).

expresamente previsto por el art. 1625 del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación respecto de la actividad de los profesionales liberales, el cual debe complementarse con las previsiones generales de los arts. 514 y 521 del mencionado proyecto" (Rec. 2 de *lege ferenda*).

El citado art. 514 del Proyecto caracteriza el incumplimiento *sin culpa* en función del nivel de diligencia exigido por la obligación del caso (48); y el art. 521 prevé la responsabilidad contractual por hecho ajeno y por cosas, en términos paralelos a los del art. 1113, 1a. parte, del Cód. Civil (49).

Para las Jornadas de Lomas de Zamora "la distribución de la carga probatoria prevista por el art. 1625, inc. 1o. y 2o., 1a. parte del Proyecto, hace pesar sobre el damnificado la prueba de la existencia del contrato y del daño sufrido en relación causal con el accionar del profesional; no le incumbe, en cambio, probar el incumplimiento contractual culposo del profesional" (Rec. 3, Com. 4), agregando que "la solución es correcta porque: a) el profesional se encuentra en situación privilegiada para producir esa prueba; b) se trata de la demostración del pago, como hecho extintivo; c) es un mecanismo de política jurídica que atiende a la protección de la víctima, y al resguardo de la relación de equivalencia entre las prestaciones" (Rec. 4).

Asimismo, propiciaron "la aprobación del criterio adoptado por el art. 1625 del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación" (Rec. 1, Com. 4), y admitieron (Rec. 7) la perfectibilidad de la redacción del art. 514, 2o. párrafo del Proyecto, en coincidencia con la 3a. conclusión de "lege ferenda" de las Jornadas de Rosario.

(48) En doctrina se destaca la sencillez de acreditar la falta de culpa, para lo cual basta probar haber obrado con la prudencia y diligencia debidas: TRIGO REPRESAS, Félix A., "La responsabilidad civil en el anteproyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación", en Rev. LA LEY, t. 1987-C, p. 860, esp. texto a nota 28 y sus citas. La admisión de un *tertius quid* entre la culpa y el caso fortuito resulta de diversas opiniones: v. BUSSO, Eduardo B., "Código Civil anotado", t. III, Buenos Aires, 1958, p. 308, com. arts. 513/514, No. 4; t. IV, Buenos Aires, 1958, p. 97, com. art. 578, No. 109 y ss., y sus citas; LOPEZ OLACIREGUI, José María, "La fuerza mayor y la orden del soberano ante la teoría de la responsabilidad civil", en Jur. Arg., t. 19440IV, p. 311; conf. "2as. Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil" (San Rafael, Mendoza, 1971), Tema IV, Rec. 2.

(49) V. ACUÑA ANZORENA, Arturo, "Responsabilidad contractual por el hecho de otro", en J.A. t. 53, sec., doct., p. 1.; TRIGO REPRESAS, F.A., ob. y lug. cit. *supra*, en nota 43. La Cass. Civ. 1a., 18.10.60, D. 1960. 125, aplica la teoría de la responsabilidad por hecho de otro a auxiliares no dependientes, como el anestésista o el asistente quirúrgico.

14. CONCLUSIONES

De lo expuesto resulta, por una parte, una considerable extensión del concepto de *profesión* y, por otra, la aplicación de criterios particulares a la responsabilidad emergente. Estos acentúan el deber de responder a través de diversos mecanismos: atribución objetiva del daño en algunos casos, afinamiento del concepto de culpa cuando rige la atribución subjetiva, invalidez de las cláusulas eximentes o limitativas de responsabilidad; pero lo atenúan si han sido empleadas técnicas en estado de experimentación, o el resultado de la actividad es aleatorio.

Se propicia, asimismo, superar dos tecnicismos jurídicos: la división de las áreas contractual y extracontractual de responsabilidad (50), pues —a pesar del art. 1107— se aplica la doctrina del art. 1113 del Código Civil argentino a toda categoría de incumplimiento; y la dicotomía entre obligaciones de medios y de resultado, al someter su tema principal —la carga de la prueba— a los principios generales, admitiendo que en ciertas situaciones el profesional tiene la carga exclusiva o concurrente de acreditar su diligencia.

15. AUNQUE LA CUESTION NO ESTA CONCLUIDA:

a) Profesional, en un sentido lato, sería tanto un mercader como un abogado o un médico. Aunque es obvio que la actividad de aquél no coincide con el rol de éstos.

b) Por influjo natural de las ideologías jurídicas que, en la actualidad propician ensanchar cada vez más las posibilidades de obtener un resarcimiento (51), y por incidencia del concepto de *consumidor* (52)

(50) Es el sostenido reclamo de los Congresos jurídicos: "III Congreso Nacional de Derecho Civil" (Córdoba, 1961); "V Jornadas (Nacionales) de Derecho Civil" (Rosario, 1971); "Jornadas Australes de Derecho" (Comodoro Rivadavia, 1980); "II Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal Civil" (Junín, Provincia de Buenos Aires, 1986); "III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil" (San Juan, 1986); "Jornadas Nacionales sobre Unificación de las obligaciones Civiles y comerciales" (Buenos Aires, 1986).

(51) V. ALTERINI, Atilio Aníbal, "Contornos actuales de la responsabilidad civil", Buenos Aires, 1987, *passim*, con referencia a los criterios señalados *supra*, No. 14.

(52) Para quien se estructuran regímenes de tutela ("Carta de protección del consumidor" del Consejo de Europa, del 15.5.73; "Programa preliminar" de protección de la C.E.E. del 14.4.75 y del 19.5.81; Directivas sobre su protección de la Asamblea General de la O.N.U. del 16.4.85), en un sistema que implica "una modificación profunda del Derecho clásico de las obligaciones" (BAUDOIN, cit. por GHESTIN, ob. cit., No. 60, nota 35). Pero se va más allá;

—al cual se lo caracteriza como el “sujeto de tráfico frente a la empresa organizada” (53)—, se concluye que todo suministrador de bienes y servicios es un profesional; como profesional, se agrega, su responsabilidad está agravada (54).

En Derecho comparado, la inclusión de las profesiones liberales en los estatutos de defensa del consumidor cuando son ejercidas con forma de empresa resulta, p. ej., de la “Fair Trading Act” británica de 1973 (sec. 137.2), en tanto la ley mejicana de 1975 (art. 3) las excluye expresamente. En la Argentina, la jurisprudencia aplica a la responsabilidad de tales empresas los criterios de atribución objetiva (55).

c) Pero quedan pendientes las soluciones puntuales para la *profesión liberal*. El género próximo con diferencia específica sólo viene insinuado en cuanto el Encuentro de Santa Fe apoyó la redacción del art. 1625 del Proyecto de Unificación, que se refiere concretamente a “las tarea de los profesionales liberales” (56).

pues, “de hecho, lo que nació como protección del consumidor se está convirtiendo en *protección del individuo particular*” (BERCOVITZ, Alberto y Rodrigo, “*Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*”, Madrid, 1987, p. 28), agregándose que “en un sentido amplio, todos somos consumidores” (POLO, Eduardo, “*La protección del consumidor en el Derecho privado*”, Madrid, 1980, p. 88).

(53) Esta definición *objetiva* del consumidor puede leerse en POLO, E., ob. cit., p. 27. Hay también concepciones *subjetivas* y *mixtas*: v. CAVANILLAS MUGICA, Santiago, “*Responsabilidad civil y protección del consumidor*”, Palma de Mallorca, 1985, p. 169 y ss.

(54) V. ALTERINI, A.A. — LOPEZ CABANA, R.M., “*Responsabilidad civil por daños al consumidor*”, en Rev. LA LEY, t. 1987-A, p. 1040, y en “*Cuestiones modernas de responsabilidad civil*”, cit., p. 247.