

Algunas reflexiones sobre la responsabilidad civil en las profesiones liberales (con especial detenimiento en el ámbito ‘responsabilizatorio’ del abogado)

27 noviembre 2013 por [Ed. Microjuris.com Argentina](#) [Dejar un comentario](#)

Autor: Arias Cáu, Esteban J.

Fecha: 27-nov-2013

Cita: MJ-DOC-6523-AR | MJD6523

Sumario:

I. Introducción. II. Nociones generales. III. Las obligaciones de medios y de resultado. IV. La responsabilidad de los profesionales en los proyectos de unificación civil y comercial. V. La responsabilidad civil de los profesionales y los presupuestos comprendidos. VI. Conclusión.

Doctrina:

Por Esteban J. Arias Cáu (*)

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil de los profesionales liberales siempre ha sido un tópico relevante en el análisis de los distintos supuestos que originan la obligación de responder, especialmente en aquellas actividades de médicos o arquitectos. Sin embargo, en estos últimos tiempos, se han incrementado los pleitos contra los profesionales abarcando otras áreas de la técnica otrora vedada, como los contadores y abogados, especialmente por razones de mala praxis.

La circunstancia antedicha, por tanto, nos sirve de disparador para estudiar nuevamente algunas cuestiones muy opinables cuyo interés práctico resurge y se transforma en actual. Peligrosamente actual, si se me permite la expresión.

Para ello, de modo previo, brindaremos un somero repaso de aquellos temas más interesantes, mencionaremos los debates todavía inconclusos y que luego podrán ser profundizados por el lector.

Nos proponemos, entonces, indagar en los fundamentos y aspectos conflictivos que han originado la disputa entre los autores, especialmente en torno a la naturaleza jurídica del vínculo que une al profesional con el profano, deteniéndonos en la regulación vigente y comparándola con los proyectos de unificación de la legislación civil y comercial. También analizaremos la reciente regulación del proyecto del Poder Ejecutivo 2012, que se encuentra en tratamiento por ante la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación. Luego, restringiremos el análisis, tomando como banco de pruebas la conducta profesional del abogado, para lo cual mencionaremos algunos fallos relativos a la labor de los hombres de derecho (1) y la extensión de su responsabilidad. Parafraseando a René A. PADILLA, haremos referencia al ámbito «responsabilizatorio» de nuestra profesión.

II. NOCIONES GENERALES

De modo previo, corresponde establecer quiénes son aquellos profesionales liberales a los cuales se les aplica la obligación de responder; una vez determinado el concepto, determinaremos la naturaleza del vínculo jurídico que une al profesional con el cliente y sus eventuales consecuencias. Empero, la cuestión se complica en torno a qué tipo contractual abarca dicha relación jurídica, lo cual dependerá de cada profesión e incluso dentro de una misma profesión las diversas tareas pueden tener puntos de conexión con otros tipos contractuales, resultando difícil la determinación de los derechos y obligaciones de las partes.

1. Noción de profesión liberal

El significado de los términos constituye el primer paso para que el intérprete indague en la interpretación, como bien aconseja Luis MOISSET DE ESPANÉS. Empero, las diversas acepciones, o bien el cambio de sentido que puede darle el jurista con referencia al término coloquial o vulgar, necesariamente incide luego en las proyecciones del término. Con el agregado de que existen vocablos que admiten diferentes significados; mientras que otros son equívocos porque su significación induce a confusión. Teniendo en cuenta estas precauciones, veamos la luz que nos brinda el diccionario.

Pues bien, lo antedicho se demuestra precisamente ahora y es el caso del vocablo «profesión», el cual ha sido calificado por calificada doctrina de «equívoco» en virtud de que «ha sido traído a la ley desde el lenguaje no jurídico». (2) En tal sentido, se ha dicho que «profesión» (3) significa el empleo, facultad u oficio que cada uno tiene y ejerce públicamente. Empero, desde el punto de vista jurídico y que nos interesa para este trabajo, «profesión» comprende «toda actividad desarrollada públicamente, de modo habitual y como principal fuente de ingresos». (4)

Empero, existen, por lo menos, dos grandes clasificaciones o criterios para entender en qué consiste el término «profesión». Así, por un lado, un criterio amplio considera como tal a toda aquella actividad, exija o no título habilitante, que requiera de conocimientos técnicos (adquiridos en cualquier establecimiento educativo o de hecho), que sea realizada habitualmente y que se presume onerosa. En tal sentido, compartiendo la opinión de MOSSET ITURRASPE, se ha dicho «que todo aquel que haya adquirido un saber o técnica, una destreza o habilidad en el ejercicio de una actividad que brinde públicamente con habitualidad y le permita vivir de ella, debe ser considerado profesional y que la necesaria superioridad que por naturaleza tiene por sobre el requirente de sus servicios no puede en modo alguno habilitar un juzgamiento de mayor benevolencia». (5) Así, en las Primeras Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, en la Comisión 4, se enumeraron sus notas caracterizadoras, a saber: «habitualidad, reglamentación, habilitación, presunción de onerosidad, autonomía técnica y sometimiento a normas éticas y jurídicas, no siendo imprescindible el título universitario».

Como ejemplos clásicos de actividades comprendidas se menciona al plomero, carpintero, electricista, (6) gasista, etc. Un caso paradigmático es el «jugador profesional» -ya sea de fútbol, básquetbol, rugby- que se distingue del amateur o no profesional, toda vez que, además de no requerir título habilitante, exige condiciones especiales de habilidad o técnica deportiva, y que percibe emolumentos, a veces, millonarios. Aquí, también se abre un amplio panorama

responsabilizador, (7) especialmente en aquellos daños causados entre deportistas; o bien la responsabilidad del árbitro deportivo por su desempeño, dentro y fuera del campo de juego; la responsabilidad del organizador de espectáculos deportivos; la propia responsabilidad de los espectadores que concurren a dichos eventos; el rol de los terceros que no participan o se entregan (8) al juego, como los directores técnicos, preparadores físicos y nutricionistas, especialistas de la medicina en general o también conocidos como deportólogos, etc. Por otro lado, un criterio estricto o restringido que «reserva la expresión profesional para quienes poseen un título universitario que avale el nivel técnico y de sabiduría y capacitación con que se desempeñan en su específica actividad, preferente intelectual, cuyo ejercicio está simultáneamente vedado a quienes no tienen el respectivo título habilitante». (9)

Empero, además de la equivocidad descrita, debe agregarse al término citado la palabra «liberal» (10) para formar la frase o locución «profesión liberal». Así, se entiende por «liberal» a aquella relación autónoma, sin relación de dependencia jurídica ni económica y mucho menos técnica, que permite al profesional tener opciones para elegir, ya sea aquellos trabajos o encargos, como decidir en un caso concreto, según sus propios conocimientos adquiridos con base en el estudio o las reglas del arte. Este último aspecto caracteriza el vocablo en virtud de que el profesional lleva adelante su tarea intelectual, conforme a los conocimientos técnicos conseguidos en la carrera universitaria y además según su propio criterio, que lo cualifican para llevar adelante su actividad, pudiendo preferir entre diferentes opiniones aquella que considere más adecuada. Parafraseando a MOSSET ITURRASPE, decimos que el profesional es liberal en tanto es «libre en sus juicios o apreciaciones».

Una digresión: El distinguo es relevante y tiene su importancia práctica porque, según que se determine por la ley que se trate o no de un profesional liberal, será aplicable la Ley 24.240 denominada Ley de Defensa del Consumidor o LDC. En efecto, de la lectura del art. 2 párr. 2º (11) del régimen jurídico del consumidor, parece colegirse que el legislador ha receptado el criterio restringido. En otros términos, el profesional liberal en sentido estricto está excluido de su ámbito de aplicación cuando se trate de la prestación de un servicio que haga a su saber, salvo en materia de publicidad, aplicándose el régimen general de la responsabilidad civil; en cambio, aquellos que carecen del título universitario, si están comprendidos en su ámbito de aplicación y por tanto deben cumplir con todos sus recaudos legales, como veremos más abajo. Solo esta cuestión es sumamente interesante y conflictiva, existiendo opiniones doctrinarias para todos los gustos, pero por razones de espacio declinamos su estudio, dejándola para trabajos posteriores.

En conclusión, compartiendo las enseñanzas de TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, afirmamos que es profesional liberal «quien, poseyendo un título que lo legitima en su actividad, ejerce libremente su profesión; o dicho de otra manera: el que poseyendo título habilitante para ello, desempeña actividades intelectuales y lo hace de forma autónoma», (12) agregando nosotros que su actividad se presume onerosa.

2. De la naturaleza jurídica del vínculo

La doctrina discutió durante bastante tiempo la naturaleza jurídica del vínculo que unía al profesional con el cliente, afirmándose por algunos que era un contrato y para otros que no lo era, y que determinar correctamente esta situación tenía su importancia práctica. No obstante ello, en nuestros días se ha arribado a un consenso, tanto en materia doctrinal como jurisprudencial, pudiéndose concluir que «siempre que haya mediado un previo acuerdo de voluntades entre el profesional y el damnificado, para la prestación de servicios por parte del primero a este último, la responsabilidad en que se pueda incurrir con tal motivo solo puede ser “contractual”, es decir derivada del incumplimiento de las obligaciones así asumidas». (13)

Por lo tanto, puede predicarse que la regla en la materia consiste en que la responsabilidad es contractual, dejando para algunos casos excepcionales (14) o de carácter residual la responsabilidad de carácter extracontractual. Esta previa determinación de la relación jurídica conlleva dos consecuencias prácticas para el régimen legal vigente: a) la extensión del resarcimiento; (15) b) el plazo de prescripción liberatoria. (16)

En el primer caso, si el incumplimiento contractual ha sido originado en una negligencia, la extensión del resarcimiento del deudor comprende las consecuencias inmediatas y necesarias (art. 520 CCiv); además, si ha obrado con dolo abarca las consecuencias mediatas (art. 521 CCiv). Por el contrario, si se trata de un supuesto extracontractual, se responde siempre por las consecuencias inmediatas (art. 903 CCiv), las mediatas que hayan sido previsibles (art. 904 CCiv), y por último, incluso las causales (art. 905 CCiv).

En el segundo caso, si el incumplimiento es de índole contractual, el plazo de prescripción, por lo general y salvo casos especiales, es el general u ordinario de diez años (art. 4023 CCiv). Por el contrario, para aquellos casos de responsabilidad extracontractual, el plazo se reduce a dos años (art. 4037 CCiv).

3. La naturaleza jurídica del contrato profesional

Empero, una vez que hemos arribado a un consenso en la doctrina de que el vínculo jurídico que une al profesional liberal con el cliente es contractual, (17) corresponde determinar qué tipo de contrato se conforma a dicha relación. Al respecto se han esbozado distintas tesis: a) contrato de mandato; (18) b) contrato de locación de servicios; (19) c) contrato de locación de obra; d) contrato sui generis; e) contrato multiforme.

Una de las tesis más aceptadas fue la del contrato de locación de servicios, que si bien no distingue entre el trabajo intelectual y el físico permite calificar como tal a ciertas actividades, pero excluyendo a otras. En tal sentido, se dijo que es «probable que la contratación de un enfermero para cuidar de noche a una persona enferma sea una locación de servicios, pero no lo será el contrato por el cual un técnico electricista deba efectuar la instalación eléctrica de un inmueble». (20) Otra de las tesis que podría adecuarse es la del contrato de locación de obra que exige un resultado final, que puede servir para ciertas profesiones como, por ejemplo, la confección y la presentación de un balance por un contador; empero, en cambio y en principio, no se adecua para la actividad de un abogado. (21)

Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera que, en su configuración actual, el contrato profesional tiene la naturaleza de multiforme, (22) en virtud de que «el contrato entre un cliente y su profesional puede dar lugar a mandato, locación de servicio, locación de obra según el caso y aún frente a un supuesto que no encuadre exactamente en algunos de estos tipos, se podrá acudir a la analogía o bien aplicar los principios generales del derecho». (23)

Por último, también existe consenso doctrinal en que el contrato posee una obligación principal de ejecutar el contrato tal como fue pactado (art. 1197 CCiv) y además posee deberes secundarios de conducta, con fundamento en la buena fe, como el deber de información, (24) el deber de confidencialidad, colaboración, seguridad y custodia.

III. LAS OBLIGACIONES DE MEDIOS Y RESULTADO

Otro aspecto conflictivo es aquel que resulta de analizar los distintos supuestos del contrato profesional, distinguiéndose si comprende o abarca obligaciones de medios o de resultado, para concluir si en un caso concreto existió o no responsabilidad del profesional.

1. Generalidades

En efecto, en la obligación de medios el deudor (profesional) debe poner de su parte todos los medios necesarios, con la debida diligencia, sin que sea necesario que arribe a un resultado; en cambio, la obligación de resultado es aquella en la cual el deudor debe llegar al resultado prometido, no teniéndose en cuenta si actuó o no con diligencia. En otros términos, y siguiendo a la opinión tradicional, la diferencia entre una y otra categoría puede bosquejarse de este modo: a) La obligación de resultado es aquella en la cual el deudor asume un deber de realizar una prestación específica, encaminada al logro de un resultado concreto, de suerte que el interés del acreedor (cliente) quede satisfecho con la obtención de ese resultado. b) En cambio, la obligación de medios es aquella en la cual el deudor solo promete el empleo diligente de medios aptos para que normalmente se produzca el resultado querido por el acreedor, pero no asegura la obtención de ese resultado.

La civilística nacional no recepta pacíficamente (25) la existencia de esta categoría de obligaciones, especialmente aplicada a la responsabilidad profesional, (26) sin perjuicio de reconocer que tiene una doble importancia práctica, a saber: a) en materia de prueba; (27) b) en materia del factor de atribución porque permite esbozar una responsabilidad contractual de índole objetiva.

En tal sentido, se ha dicho que «si la obligación fuese solo la de conducirse con prudencia y diligencia, se torna necesario un examen de la conducta del deudor y la prueba de que el resultado previsto no se obtuvo por haber mediado de su parte culpa o imprudencia; mientras que si la obligación es determinada, al acreedor le basta con establecer que no se logró el resultado y con ello se tiene por demostrado que el deudor no cumplió con su obligación». (28) La mayoría de la doctrina destaca la importancia práctica de recurrir a este distingo a los efectos de acreditar el incumplimiento del deudor (profesional), porque en la obligación de medios se deberá demostrar que no se pusieron todas aquellas diligencias o medidas que eran necesarias o idóneas para arribar a un determinado resultado, pero sin asegurar el mismo. En cambio, en la obligación de

resultado -o de fines- el incumplimiento del deudor se acredita con la falta de consecución del resultado prometido y con ello se tiene por demostrado dicho incumplimiento.

Empero, por otro lado, esta clasificación admite configurar una responsabilidad contractual con factor objetivo de atribución. Así, en algunos casos de obligaciones de medios, se las califica de agravadas, en virtud del cual el factor de atribución sigue siendo subjetivo pero la culpa se presume, (29) tanto por la ley como por la jurisprudencia. Incluso más, se pretende la aplicación del principio de las cargas dinámicas probatorias, propiciado por PEYRANO, en virtud del cual la carga probatoria debe recaer en aquel que se encuentre en mejores condiciones para probar; en nuestro caso, será el propio profesional. (30)

Se habla también, por cierta doctrina, de obligaciones de resultado atenuadas (31) siendo aquellas en las cuales el deudor se exime de responsabilidad ante el incumplimiento probando que obró de manera diligente. No es difícil de imaginar, en nuestros días, por ejemplo, un estudio de abogados especializado en ejecuciones que exige a cada letrado la confección de un número determinado de demandas por día laboral; o bien, que se sujeten a los procesos de calidad de las normas ISO 9001 (2008). En el primer ejemplo, la confección de demandas se tratará de una obligación de resultado; en cambio, el segundo implicaría una obligación de medios.

De modo reciente se han publicado dos obras que profundizan notablemente en la discusión que, a nuestro juicio, de ninguna manera está cerrada, y a la cual remitimos por razones de espacio. Nos referimos a las obras de Aldo M. AZAR (32) y de Rodrigo PADILLA (33). El origen de la clasificación, por lo menos como se conoce hoy en día, resulta interesante. Mientras que AZAR comparte la tesis mayoritaria afirmando que la formulación de obligaciones de medio y resultado fue realizada por René DEMOGUE en el año 1925, con la publicación de su tomo V del «Traité des obligations en général en el cual Demogue formula la distinción entre una obligación de resultado (obligation de résultat) y una obligación de medio (obligation de moyen)». (34) En cambio, PADILLA menciona que «el origen de esta clasificación, hay que reconocerlo, aún no está muy definido. En efecto, hay autores que sostienen que ya los romanos conocían tal distingo. También se dijo que su génesis puede haber estado en la doctrina antigua alemana, o en autores franceses clásicos. Con más precisión, estudiosos en la materia han puesto de resalto que tal categorización fue vislumbrada por BERNHÖFT en el año 1889 mientras estudiaba el proyecto de Código Civil alemán. Luego fue FISCHER quien las bautizó como obligaciones subjetivas y objetivas, términos que no han tenido más que una crítica unánime posterior. Después tal categorización es acogida por otros autores alemanes como BEKKER y HARTMANN. Todavía cuadra mencionar a los autores italianos OSTI y LEONE como precursores de esta doctrina, e incluso se han encontrado rastros de este distingo en las obras de DOMAT, GLASSON, GABBA y PLANIOL. Lo que no puede negarse, y nadie lo hizo, es que fue René DEMOGUE quien las sistematizó, haciéndolas, así, conocidas al mundo jurídico». (35)

2. Crítica. Nuestra posición

Sin perjuicio del objeto restringido de este trabajo, no podemos dejar de brindar nuestra opinión al respecto y para sentar posición. En nuestro criterio, y a pesar de la erudición de los desarrollos

expuestos en los párrafos antedichos, debemos confesar que la pretendida distinción no nos convence, es más, consideramos que es extraña a la teoría general de las obligaciones, siendo su denominación artificiosa. La duda razonable que se nos plantea, quizás, tenga su razón de ser en la formación académica que hemos recibido en nuestra carrera de grado, en los claustros de la Universidad Nacional de Tucumán.

En primer lugar, es dable advertir que estamos convencidos de que no existen obligaciones que no sean a la vez de medios y de resultados. En efecto, al decir de PADILLA, «en todas, el deudor compromete diligencia, y en todas se promete un fin mediante el racional empleo de los medios que conducen al resultado que se busca». (36) Por lo cual, puede afirmarse sin hesitación alguna que «no hay diferencias ontológicas o de naturaleza que justifiquen clasificar así a la obligación». (37)

En segundo lugar, es erróneo sostener que el empleo de diligencia pueda haber sido el objeto de la obligación y que eso satisfaga el interés creditorio. En efecto, el objeto de la obligación está determinado por la prestación. En tal sentido, y siguiendo el pensamiento esclarecedor de WAYAR, puede decirse que «el acreedor tiene derecho a algo, que para darle un nombre se ha llamado bien debido. Tal es el objeto del derecho del acreedor.[...] El bien debido no es la conducta misma del deudor, sino el resultado o el producto de esa conducta, aún en las obligaciones de hacer y en las de no hacer». (38) Por lo tanto, si el deudor no obtuvo el resultado esperado o que debía esperar obteniendo utilizando los medios que razonablemente lo llevarían al fin buscado es porque se interpuso un factor que afectó la relación causal, por ejemplo, el caso fortuito. De lo contrario, es dable sostener que hubo negligencia de su parte -es decir, culpa- que le impidió lograr el resultado al cual se había obligado. Empero, reiteramos que -a nuestro criterio- al acreedor no le interesa que el deudor ponga todos los medios a su alcance para obtener el producto final prometido, sino, por el contrario, su interés únicamente se verá satisfecho con la prestación a la cual se obligó dicho deudor.

En tercer término, estamos de acuerdo con PADILLA cuando afirma que «la pretendida categoría obligacional se muestra como una trasposición de planos y niveles que reclama su inmediata erradicación del ámbito de la teoría de las obligaciones, en que parece estar localizada». Nos explicamos: el distinguo se muestra extraño a la obligación, pues en ella lo que únicamente interesa es el cumplimiento que, según esta nomenclatura, constituiría una obligación de resultado. En efecto, en otra oportunidad, sostuvimos que este distinguo «parece más un criterio tipificador de figuras contractuales que tiene por objeto, en mayor o menor preponderancia, la actividad humana». (39) En tal sentido, es bien sabido que en todo contrato se comprometen actividades de este tipo, pero en algunos su cometido o finalidad se agota con la pura actividad (ej. locador de servicios); en cambio, en otros más que dicha actividad se busca o requiere un resultado determinado (ej. locador de obra).

En consecuencia, podemos concluir que el «equivoco surge al haberse transpuesto esa distinción al ámbito obligacional, lo que en nada extrañaría pues la doctrina de que se trata es de origen germánico, pero fue desarrollada, por lo menos, durante veinticinco años en un ámbito donde

reinaban concepciones en que ambas figuras -la obligación y el contrato- no lucían suficientemente distinguidas». (40)

En cuarto término, «creemos que en su concepción actual el distingo formulado induce a confusiones, pues parte precisamente de una confusión (41) entre el objeto obligacional y el contractual o negocial. En nuestro entender, el objeto de la obligación es la prestación, y objeto de la prestación es el dar, el hacer y el no hacer, indirectamente, la cosa, hecho o abstención». (42) En efecto, en palabras de WAYAR, afirmamos que «el objeto del derecho del acreedor equivale a un resultado que él espera de la conducta de su deudor; la prestación, o conducta del deudor, es el medio productor de aquel resultado». (43) Del autor citado, se infiere que en todas las obligaciones podemos encontrar medios y resultados, aunque en puridad, es dable afirmar, parafraseando a PADILLA, que «desde el principio hay confusión, porque la palabra medios busca corresponderse con fines y no con resultado; y hablar de fines en el ámbito obligacional es censurable, pues ellos se acomodan mejor respecto de los contratos que de la obligación». (44) Por otro lado, sería un verdadero dislate suponer que «quien adeuda un medio no se preocupe por lograr un resultado [...] Siempre hay, a no dudarlo, un punto en donde el objeto del derecho del acreedor se confunde con el resultado a que apuntan los medios que proporciona el deudor». (45)

En suma, cabe señalar que «en todos los casos las obligaciones son de medios en cuanto reclaman una conducta diligente del deudor; y de resultado, en tanto se dirigen al cumplimiento de la prestación: el resultado es, precisamente, la prestación misma». (46)

Y, en último término, es dable advertir que volvemos al inicio de nuestra investigación para afirmar que el único mérito que la doctrina reconoce a la mentada distinción reside en las consecuencias relativas a la carga probatoria. En otros términos, a nuestro parecer, la importancia de la distinción en obligaciones de medios y de resultado implica tomar posición en torno a la inversión de la carga probatoria que ella posibilita. En efecto, en la denominada obligación de medios el deudor (profesional) deberá sostener -y acreditar- que ha puesto de su parte toda la diligencia del caso a los efectos de lograr el resultado esperado. Si ello no ocurrió, deberá probar el caso fortuito, o bien el hecho de un tercero por el cual no deba responder. En cambio, en las obligaciones de resultado el mero incumplimiento ya presume la culpa del deudor, por lo cual para eximirse de responsabilidad deberá acreditar su no culpa.

Sin embargo, siguiendo a WAYAR, podemos afirmar que debería -en realidad- aplicarse un único régimen probatorio, que se resume en la siguiente regla: «Al acreedor le toca probar que su interés no ha sido satisfecho, o sea, que el objeto de su crédito se ha frustrado; al deudor, si quiere eximirse de responsabilidad, le corresponde probar que cumplió la prestación, y que la frustración del acreedor se debe a causas extrañas a la prestación misma; o bien que incumplió pero por causas no imputables a él». (47) En tal sentido, se ha dicho que «en todos los casos, el único modo de eximirse de responsabilidad será acreditando por parte del deudor la ruptura del nexo causal». (48)

En definitiva, cabe recordar -nuevamente- que en nuestra opinión la mentada clasificación pretende «resolver un problema probatorio específicamente del onus probandi en cuanto corre con

la carga de la prueba el damnificado que pretende el resarcimiento en las obligaciones de medio. Mientras que, en la de resultado, existe una presunción de culpa por parte del deudor. Empero, vamos más allá, y en consecuencia, consideramos que constituye un doble yerro por parte de la doctrina generalizada que, además de clasificar a las obligaciones de esta manera, inculca que en las obligaciones de resultado estamos ante un caso de responsabilidad -imputabilidad- objetiva». (49)

A manera de colofón, y a fin de cerrar este -sin dudas- apasionante tema, nos preguntamos cuál es la verdad de todo esto. Siguiendo, una vez más, el pensamiento agudo y clarificador de PADILLA, decimos que «la culpa es del distingo que agota su vocación en un tema probatorio que busca justicia. En lo demás, semeja un pasatiempo para iurispensantes, más propenso a generar problemas que a solucionarlos». (50)

IV. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES EN LOS PROYECTOS DE UNIFICACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

1. El proyecto de 1987

El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación, conocido como proyecto de 1987 o Código único, realizó un distingo entre profesional y profesional liberal, «considerando que este último realizaba servicios puramente intelectuales y el primero nombrado no, por cuanto dispone la aplicación de las reglas de la locación de obra al profesional y de las obligaciones de hacer al profesional liberal». (51)

2. El proyecto del Poder Ejecutivo de 1993

El proyecto de la Comisión designada por Decreto 468/92 , o proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, (52) en el libro segundo, sección tercera “De las fuentes de las obligaciones”, parte segunda “De los contratos en particular”, título VIII “De los contratos de prestación de servicios profesionales”, que comprende los arts. 1214 a 1224, realizó una regulación de carácter integral sobre el tópico.

Se define al profesional como «la persona que cuenta con una preparación y calificación especial que la habilita a realizar actividades para otros y percibir por ellas una retribución» (art. 1214). En su art. 1216 regulaba los efectos por la omisión en la inscripción, en aquellas actividades que no exigieran título habilitante, en estos términos: «Art.1216 – Cuando el ejercicio de una actividad profesional que no exija título habilitante, estuviere sujeto a la inscripción en un registro de matrícula, quien hubiere contratado como profesional sin inscribirse en él, carecerá de derecho a percibir retribución por la tarea realizada».

En cuanto al modo de realizar la tarea, el art. 1222 prescribe: «El profesional deberá realizar la tarea comprometida con ajuste a las reglas de la técnica, de acuerdo a los conocimientos requeridos, para efectuarla eficazmente y conforme a la actualización en la ciencia y técnica correspondientes a su profesión».

3. El proyecto de la Comisión Federal de Juristas

El proyecto de la Comisión Federal de Juristas (53) de 1993, en cambio, no trató la temática otorgándole singularidad, a diferencia del proyecto de 1993.

4. El proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina

El proyecto de 1998, (54) en el libro IV “De los derechos personales”, título IV “De otras fuentes de las obligaciones”, capítulo I “Responsabilidad civil”, en su sección 12ª “Supuestos especiales de responsabilidad”, parágr. 6º “De los profesionales liberales”, arts. 1681 a 1683.

El proyecto citado en su art. 1681 hace una referencia al profesional liberal y sujeta su actividad a las reglas de las obligaciones de hacer. En el segundo párrafo afirma: «Sus alcances resultan de lo convenido; de lo previsto por el inciso a) del artículo 726, salvo que se haya comprometido cierto resultado concreto; de las disposiciones dictadas en ejercicio del poder de policía; y de la normas éticas que regulan el ejercicio de la profesión».

Por ello entendemos que parece receptor el criterio de la culpa profesional, salvo que se haya convenido un resultado concreto, lo cual nos deriva a la clasificación de las obligaciones de medio y de resultado, ya visto más arriba. En los Fundamentos 266, inc. XIX se dice: «Se dispone claramente que las actividades de los profesionales liberales no generan responsabilidad objetiva, salvo en los casos extremos en que el daño resulta de un vicio de la cosa riesgosa».

El art. 1682 determina la exclusión de las reglas aplicables a las cosas riesgosas y a las actividades peligrosas para los profesionales liberales, con la excepción expuesta. Por último, el art. 1683 determina la incidencia de la cuantía de la remuneración, y que no hace al objeto del presente trabajo.

V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROFESIONALES Y LOS PRESUPUESTOS COMPRENDIDOS

En una frase que estimamos feliz, GAGLIARDO afirma que «el sistema de responsabilidad se determina por las consecuencias jurídicas que acarrea el comportamiento ilícito y culpable» (55). En efecto, en primer término, es dable advertir la existencia de un verdadero sistema (56) de responsabilidad que resulta aplicable -con las especificaciones propias de cada rama del derecho- tanto en materia civil como en materia comercial. En segundo lugar, debe señalarse que participamos de la postura clásica que predica que la obligación de responder (57) posee los siguientes presupuestos, a saber: a) antijuridicidad; b) daño; c) imputabilidad; d) relación de causalidad.

En ese orden de ideas, por lo tanto, diremos que aquella conducta u obrar humano que sea contrario a derecho -entendido en sentido lato- realizado con o sin intención que causa un daño patrimonial o no patrimonial, siguiendo el orden natural de las cosas, engendra la obligación de responder. En otros términos, y en palabras de calificada doctrina autoral, expresaremos que la obligación de reparar nace pues «del incumplimiento o violación de un deber jurídico que es, en última instancia, la regla general que prescribe a todo hombre no cometer falta» (58). La doctrina civilista, como es sabido, se ha ocupado extensamente de analizar cada uno de los presupuestos citados e incluso ha ido más allá puesto que ha advertido su crisis, (59) no solo en el ámbito de los conceptos sino también en sus consecuencias prácticas.

Corresponde adelantar que, a nuestro juicio, el sector de la responsabilidad civil que trata sobre la obligación de responder de los profesionales, en la acepción estricta que aceptamos, es una mera

especie dentro de los principios generales de la responsabilidad civil. Se trata, además, de una responsabilidad contractual siendo un «área especial de la responsabilidad civil caracterizada por la lesión al crédito causada por el incumplimiento imputable de una obligación preexistente» (60). Es decir, no existen presupuestos específicos ni tampoco factores de atribución extraños ni mucho menos una culpa específica, sino que por el contrario, se trata de una aplicación de los principios generales (61).

Empero, ello no implica desconocer que existen ciertos matices que corresponde tener en cuenta, especialmente en algunos casos de médicos o arquitectos. En el caso particular de los abogados, si bien se reconoce el carácter contractual (62) de la obligación de responder y a diferencia de la visión clásica, se han visto notoriamente incrementadas las causales que implican su responsabilidad profesional, a saber:(63) a) abogado que da malos consejos al cliente, ya sea para promover causas infundadas o meras aventuras judiciales; b) contestación de demandas bien fundadas y en principio procedentes; c) violación del deber de información al cliente sobre las vicisitudes de la demanda a promover; d) promoción de demanda sin tener los medios probatorios suficientes, aunque estos hayan sido prometidos por el cliente; e) asesoramientos extrajudiciales incompletos o erróneos, con evidente falta de diligencia y ausencia de elementos técnicos científicos, o bien desactualizados.

1. De los presupuestos en general

Previamente, creemos que debe precisarse que la acción es calificada por cierta doctrina (64) -que compartimos- como «pre-presupuesto» y no como un presupuesto o elemento en sentido estricto de la obligación de responder, a los efectos de tomar posición con respecto a las opiniones sustentadas por autores de la envergadura de ALTERINI o BUSTAMANTE ALSINA. Por lo tanto, consideramos que se entiende por acción el «comportamiento corporal y voluntario del hombre que genera un daño como resultado de actos positivos u omisiones» (65).

Asimismo, y siguiendo la autorizada opinión del maestro MOSSET ITURRASPE, (66) conceptuaremos brevemente cada uno de ellos. En tal sentido, se entiende por acción antijurídica aquella que infrinja los mandatos o prohibiciones del ordenamiento jurídico. Por su parte, la imputabilidad consiste en «la determinación de la condición mínima necesaria para que un hecho pueda ser referido y atribuido a alguien como autor del mismo a objeto de que deba soportar sus consecuencias». (67) El daño, aspecto esencial o epicentro del mentado sistema, ha sido conceptualizado como aquella «lesión disvaliosa de un interés sobre un bien (patrimonial o no) jurídicamente protegido». (68) Y por último, entendemos por relación de causalidad aquel nexo que vincula la conducta ilícita con el daño infringido; es decir, que media una relación de causa adecuada y efecto que permite afirmar que será aquella que «según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado». (69)

2. De los presupuestos en particular. Responsabilidad profesional

Hemos afirmado que la antijuridicidad consiste en un obrar contrario a derecho, entendido como todo el ordenamiento jurídico en general, por eso comprende también a la ilegalidad. En materia de antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad contractual, se requiere «la violación de

una obligación preexistente y de origen convencional» (70). En otras palabras, implica «la transgresión de obligaciones pactadas en un convenio previamente concluido entre el profesional y su cliente, que tiene fuerza de ley para ellos -art. 1197 Cód. Civil- y forma parte por lo tanto del ordenamiento jurídico, aunque su obligatoriedad esté circunscripta a solo las partes contratantes» (71).

Empero, su ámbito de extensión (72) comprende la obligación principal o nuclear, los deberes colaterales, las garantías, la buena fe y el abuso del derecho. Quedan comprendidos aquí los deberes éticos, (73) por lo general, mencionados y compilados en los códigos de ética de cada profesión en particular.

En materia de daño, no hay diferencias con los principios generales, dejando de lado que en la responsabilidad contractual existe una reparación excepcional del daño extrapatrimonial, según la «índole del hecho generador (art. 522 , Cód. Civil)». (74) Sin embargo, en materia de responsabilidad de los abogados, (75) se hace el distingo en que solo se responde por la pérdida de chance (76) y no por la suma reclamada, por ejemplo, para el caso de caducidad de instancia (77) de un juicio. Ello se fundamenta en el carácter aleatorio que tiene la obtención de una sentencia a favor, que depende de circunstancias, tanto de forma como de fondo, y muchas veces en cuestiones opinables, cuyo resultado resulta imposible pronosticar. Así se dijo: «Respecto a la responsabilidad del abogado, el perjuicio indemnizable no está dado por la suma reclamada en el juicio, sino en la probabilidad, mayor o menor, es decir, por la pérdida de la chance de obtener éxito en dicho proceso, la cual debe ser apreciada por los jueces que conocen del juicio de responsabilidad. Esa probabilidad debe calibrarse, según los casos, con mayor grado de certeza, en la medida que también sean mayores los elementos de convicción que se arrimen» (78).

En materia de relación de causalidad no hay diferencias con los principios generales, respondiéndose solo por las consecuencias inmediatas y necesarias (art. 520 CCiv), salvo que hubiera dolo (art. 521 CCiv), aplicándose la regla de la causalidad adecuada.

Por último, con respecto a los factores de atribución, es claro que en nuestro derecho vigente se impone en principio el criterio subjetivo, comprensivo del dolo y de la culpa. Empero, existen ciertas particularidades que corresponde profundizar, como lo haremos a continuación.

3. Criterios de interpretación. Código Civil. El régimen de la Ley de Defensa del Consumidor

Se discute en doctrina si al profesional se le debe exigir, como factor de atribución subjetivo, una culpa estándar, o bien debe ser agravada. En otros términos, si se debe tratar al profesional «con benevolencia o por el contrario se debe exigirle más porque más sabe». (79)

A. El régimen del Código Civil

La feliz definición de la culpa en el art. 512 CCiv, que puede considerarse una de las más logradas por el codificador, nos brinda los parámetros para analizar la conducta del deudor en el caso concreto.

Por tanto, en general, podemos enumerar como elementos de la culpa: «1) La naturaleza de la obligación que indica las diligencias exigibles para ejecutar la conducta debida; 2) la calidad de las personas del deudor y del acreedor; 3) las circunstancias de tiempo y lugar; 4) la prudencia y pleno

conocimiento de las cosas que fueran exigibles». (80) La doctrina mayoritaria concluye que la «apreciación de la culpa deberá hacerse, como dice Orgaz, siguiendo un criterio a la vez abstracto y concreto». (81)

En el caso particular de los profesionales, interesa mucho la calidad del deudor puesto que se le exigen conocimientos especiales, debiendo actuar conforme las reglas de la ciencia o arte, ejecutando la conducta debida con prudencia y dentro del marco de la ética profesional.

Por ello, debe complementarse el análisis del factor subjetivo de atribución con lo reglado en los arts. 902 y 909 CCiv.

Con relación al primero, en cuanto prescribe que cuanto «mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos», es fácil colegir que un profesional tiene mayor responsabilidad que una persona que carece de dicho estado. Así, se dijo que la «superior aptitud, el mayor alcance de ese conocimiento por la preparación, o por el título, califican la actitud por prudencia y previsión. En este caso, la previsibilidad del agente es superior a la que corrientemente es dable juzgar». (82)

Con respecto al segundo, en aquellos contratos que «suponen una confianza especial entre las partes», la ley sí puede tomar en cuenta la condición especial o la facultad intelectual de una persona determinada. No hay duda de que la mayoría de los contratos entre un profesional y un profano, ya sea que se trate de un médico, arquitecto, contador o abogado, implica una suerte de seguridad en las calidades personales e intelectuales de aquel. Por supuesto, luego habrá que distinguir entre los mismos profesionales, según el grado de especialización o prestigio que tenga cada uno. Por ello, se ha dicho con razón que no solo se encuentran comprendidos los contratos de los denominados *intuitu personae*, sino «todos en los que la confianza especial entre las partes es de su esencia como el mandato, las locaciones de servicios y de obra, la sociedad, o en los que hay intención de los contratantes para escoger la contraparte por sus condiciones especiales». (83) A nuestro juicio, sin perjuicio de reconocer que la actuación del abogado en general fue siempre más benévola (84) en comparación a los otros profesionales, entendemos que las reglas legales citadas son suficientes y que en todo caso depende de la voluntad del juzgador ponderarlas debidamente, conforme las circunstancias del caso.

En tal sentido, se afirmó: «En el marco de la responsabilidad civil contractual, surge plenamente la negligencia del abogado demandado. En la especie resulta aplicable el art. 512 del CCiv, el cual, describe la conducta observada por el demandado en esta ocasión, toda vez que puede decirse que omitió o desatendió efectuar todas aquellas diligencias o gestiones correspondientes a la actividad que quería desempeñar, de acuerdo a las circunstancias del caso y oportunidad correspondiente, teniendo en cuenta además que, dadas sus condiciones personales, era mayor su exigencia de actuar con pleno conocimiento de las cosas (art. 902 del CCiv). Nótese que el abogado es quien diseña la estrategia jurídica del caso que presenta o defiende, conoce las opiniones doctrinales y tendencias jurisprudenciales, etc. en tanto el cliente del citado profesional es normalmente desconocedor del campo científico y técnico de aquel». (85)

Sin embargo, no debe perderse vista que la doctrina propicia un factor de atribución objetivo para la actuación del profesional, con sustento en la clasificación de las obligaciones de medios (86) y de resultado, que vimos más arriba. Por supuesto, a pesar de la crítica efectuada, se trata una postura muy arraigada en los autores y la doctrina judicial, (87) explicándose por LORENZETTI que se «ha afirmado la tesis de que en las obligaciones de medios hay una imputación subjetiva, que en las de resultado hay atribución objetiva, que la prueba es un asunto diferente regido por otros criterios y que la valoración de la culpa en las obligaciones de mera diligencia se debe realizar conforme a un criterio concreto sin perjuicio de la referencia comparativa con un modelo». (88)

B. El régimen de la LDC

Hemos visto más arriba que la ley del consumidor excluye de su ámbito de aplicación al profesional liberal, salvo en materia de publicidad, por lo cual allí nos remitimos. Empero, en lo que interesa, recepta el concepto de profesional liberal estricto y que compartimos, sin perjuicio de dejar para otra oportunidad la valoración de dicha opción de política legislativa.

4. El proyecto del Poder Ejecutivo de 2012

Al proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 (89) lo denominamos como proyecto del Poder Ejecutivo, por dos motivos que pasamos a explicar. En primer lugar, para indicar su origen porque la comisión de juristas fue designada mediante Decreto PEN 191/11 , que elaboró un anteproyecto y que luego fue presentado para su análisis para una inédita Comisión Bicameral del Congreso de la Nación como proyecto también por el propio Poder Ejecutivo, efectuándole varias modificaciones al original. En segundo lugar, porque como vimos en el cap. IV los últimos cuatro proyectos de unificación civil y comercial tuvieron distintos orígenes, ya sea dentro del Poder Ejecutivo como en el seno del Congreso de la Nación, y creemos que la nominación debe mantenerse para un análisis orgánico y sistemático.

A. Del método. Responsabilidad profesional

Pues bien, si bien es conocido -por dimes y diretes- que la comisión designada y los numerosos juristas, nacionales y extranjeros, que intervinieron en su conformación se basaron en el proyecto de Código Civil de 1998, no es menos cierto que dicha aseveración es parcialmente cierta. En efecto, se basaron en los textos, ya sea en su redacción como en su espíritu. Sin embargo, no hicieron lo mismo ni con el método de aquel ni tampoco abrevaron en su excelente técnica legislativa.

Ello se exterioriza en el ámbito que nos ocupa, porque en el libro III “Derechos personales”, título V “Otras fuentes de las obligaciones”, se desarrolla en el capítulo 1 la “Responsabilidad civil”. Empero, a poco de que se ingresa en su análisis se advierte que se ha eliminado la sección 12^a “Supuestos especiales de responsabilidad”, parágr. 6° “De los profesionales liberales”, arts. 1681 a 1683, que poseía el Proyecto de Código Civil de 1998.

Sin embargo, dicha supresión se explica en los “Fundamentos” en estos términos: «Entendemos que no es necesario un tipo especial para regular el contrato de servicios profesionales como fue propuesta de regulación en el Proyecto de 1993 (PEN).

»En primer lugar porque la diversidad de actividades profesionales hace difícil encuadrarlas en un solo tipo especial, y existe mejor adaptabilidad con las normas ya propuestas en el resto de los textos.

»En segundo lugar, porque las reglas específicas contempladas en el proyecto de 1993, se encuentran en el Anteproyecto que presentamos.

»La discrecionalidad técnica, la diferenciación con el contrato dependiente, los efectos de la utilización de terceros, el modo de determinar la obligación del profesional, están contempladas en las disposiciones generales de los contratos de obra y servicios. En la parte especial de los servicios se remite a las obligaciones de hacer, donde claramente se distinguen los casos de mera actividad de los otros en los que se promete la eficacia. También en obligaciones existen previsiones sobre la utilización de terceros, la imputación basada en la estructura del vínculo obligatorio, la confianza especial, y los deberes secundarios de conducta.

»Los aspectos vinculados a la prueba están contemplados en obligaciones y los de la responsabilidad en la parte general de este tema. También en la parte general de contratos hay numerosas disposiciones propias de los servicios profesionales.

»El profesional tiene discrecionalidad técnica, por ello puede elegir los medios a utilizar conforme con la ciencia y conocimientos que pone en juego en cada prestación. El proyecto propone en el art. 1253 que “el contratista o prestador de los servicios elige libremente los medios de ejecución del contrato”.

»La obligación puede ser contratada “intuitu personae”, atendiendo a las condiciones personales insustituibles del profesional. En el caso en que no sea así, el profesional puede requerir la cooperación de terceros. El Anteproyecto dispone que (Art. 1254) “el contratista o prestador de servicios puede valerse de terceros para ejecutar el servicio, salvo que de lo estipulado o de la índole de la obligación resulte que fue elegido por sus cualidades para realizarlo personalmente en todo o en parte. En cualquier caso conserva la dirección y la responsabilidad de la ejecución”». (90)

B. Análisis breve

Por lo tanto, el Proyecto del Poder Ejecutivo de 2012 carece de una sección expresa que desarrolle o indague, por lo menos de un modo específico, sobre la responsabilidad de los profesionales liberales debiéndose recurrir al método deductivo y aplicar los criterios generales. En tal sentido, el art. 1708 regula las «funciones de la responsabilidad civil», reconociendo una clasificación tripartita (prevención del daño, su reparación y la sanción pecuniaria disuasiva). El art. 1709 dispone un orden de prelación que armonice la interpretación de los preceptos del Proyecto y de alguna ley especial, a saber: «a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; b) la autonomía de la voluntad; c) las normas supletorias de la ley especial; d) las normas supletorias de este Código».

En virtud de que la doctrina moderna le reconoce, en su mayoría, carácter contractual a la vinculación jurídica entre el profesional liberal y el cliente, sería aplicable el art. 1728 denominado “Previsibilidad contractual” que reza: «En los contratos se responde por las consecuencias que las

partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento». A nuestro juicio, se mantiene el factor de atribución subjetivo (arts. 1721 y 1724, Proyecto).

En cuanto a su valoración, hay una norma muy parecida al actual 902 CCiv, que reza: «Art. 1725 Valoración de la conducta – Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes».

El art. 1734 estatuye: «Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien lo alega». Pero, a renglón seguido, el art. 1735 establece que «no obstante el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso comunicará a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa».

De modo reciente, sin embargo, se ha alertado sobre la inconveniencia de esta regulación proyectada, especialmente por las consecuencias que traería a los profesionales liberales, en estos términos: «Es decir que en este último artículo se consagra la aplicación de la doctrina de la carga probatoria dinámica en materia de responsabilidad subjetiva, facultándose al juez a crear una presunción de culpabilidad en contra del demandado, sobre la base de considerar que este pudiese encontrarse en mejor situación probatoria a ese respecto. Consecuentemente, de resultar convertido dicho proyecto en ley, quedará consolidada una inversión sistemática de la mencionada carga probatoria cuando se demande por mala praxis a los profesionales de la medicina y de la abogacía, dado que los jueces ameritarán invariablemente que estos se encontrarán dentro del proceso en una situación de supremacía fáctica, técnica y jurídica, en relación al aporte de las pruebas inherentes al factor subjetivo implicado en el caso». (91)

VI. CONCLUSIÓN

La responsabilidad de los profesionales, y en particular de los profesionales liberales, resulta un ámbito propicio para estudiar y analizar aspectos sustanciales de la responsabilidad civil en general. En tales términos, indagar sobre esta particular responsabilidad como especie dentro de la teoría general, o bien si le corresponde un ámbito particular con reglas específicas; la naturaleza jurídica contractual o extracontractual de su ámbito responsabilizador, con las consecuencias diferentes que ello implica para el derecho vigente, ya sea para el ámbito responsabilizador como para el plazo de prescripción. También interesa la naturaleza contractual de la relación jurídica entre el profesional liberal y el cliente; qué tipología le corresponde, si es única o multiforme. Si la obligación de un profesional liberal, y en especial un abogado, asume el desarrollo de medios o de resultados concretos, porque ello incide en la carga probatoria, en el factor de atribución y en definitiva hasta dónde o qué rubros se deberán indemnizar. Con el agregado de que hay un

derecho actual o vigente, pero también existen antecedentes de unificación civil y comercial, que adquieren importancia en virtud del tratamiento del proyecto del Poder Ejecutivo de 2012, que unifica la legislación civil y comercial. En suma, a nuestro juicio, el debate sigue abierto. Las opiniones coinciden en algunos casos y en otros difieren sensiblemente. Sin embargo, no debe perderse de vista que, en el fondo y al final, lo que se persigue es que alguien reciba o se le otorgue lo suyo: ¡Nada más. Nada menos!

(1) Para ello nos apoyaremos en la reciente obra de PADILLA, Rodrigo, Misión, deberes, derechos y responsabilidad del abogado, México DF – Madrid, Ubijus, 2013.

(2) ALTERINI, Atilio A. – LÓPEZ CABANA, Roberto M., Derecho de daños (y otros estudios), Buenos Aires, La Ley, 1992, p. 251.

(3) Diccionario de la Real Academia Española, 3ª acepción: «Empleo, facultad u oficio que alguien ejerce y por el que percibe una retribución», <http://www.rae.es>.

(4) ALOU, Stella M., “Locación de servicios y contrato de prestación profesional”, Fundamentos de derecho contractual. Teoría general del contrato, Noemí L. Nicolau, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. II, p. 349.

(5) O. cit.

(6) LORENZETTI, Ricardo L., “Nuevos enfoques en la responsabilidad profesional”, La Ley, 1996-C, 177.

(7) Remitimos a la obra de PÉREZ, Alberto M. – KRIEGER, Walter F., Daños en el deporte, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2010.

(8) El Código Civil utiliza este término en el art. 2052: «El contrato de juego tendrá lugar cuando dos o más personas entregándose al juego se obliguen a pagar a la que ganare una suma de dinero, u otro objeto determinado». Dicho término resulta fundamental para distinguir al contrato de juego del de apuesta, afirmándose que el mismo «hecho lúdico o deportivo, puede ser un contrato de juego entre los participantes, y de apuesta -en la misma oportunidad- entre terceros espectadores. Si la apuesta es acordada entre un jugador y un no participante, a mi entender, es un contrato de apuesta». LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., El alea en los contratos. Contratos aleatorios en el derecho civil, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 24.

(9) TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. II, p. 275.

(10) Diccionario de la Real Academia Española, 4ª acepción: «Dicho de un arte o de una profesión: Que ante todo requiere el ejercicio del intelecto», <http://www.rae.es>.

(11) Ley 24.240, art. 2: «Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada

por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación». (Artículo sustituido por art. 2 de la Ley 26.361 , BO 7/4/2008).

(12) TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. II, p. 275.

(13) *Ib.*, p. 282. Comparte el aserto, con relación a la responsabilidad del abogado: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, p. 440.

(14) Por ejemplo, designaciones de oficio o ad honorem de abogados para la defensa de procesados, o bien la atención espontánea por un médico de una transeúnte que se desmaya en la calle o sufre un siniestro, etc.

(15) MOISÁ, Benjamín, "La causalidad en la responsabilidad civil", Responsabilidad civil. Homenaje al profesor doctor René A. Padilla, Dir. Luis F. P. Leiva Fernández, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 115-142.

(16) Recomendamos calurosamente para el estudio del instituto de la prescripción liberatoria la obra de LÓPEZ HERRERA, Edgardo (dir.), Tratado de la prescripción liberatoria, 1ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2008, t. I y II.

(17) Por todos: BUSTAMANTE ALSINA, *op. cit.*, p. 440.

(18) Por ejemplo, cuando al procurador o abogado se le otorga un poder para representar a un cliente en un juicio o en un trámite administrativo. Ampliar en: PETTIS, Christian R., La responsabilidad civil de los abogados. Caducidad de la instancia y pluralidad de profesionales demandados (con especial referencia al mandato), *Microjuris, Doctrina*, 8/11/2007, MJD3299 .

(19) Cuando un profesional se desempeña en una empresa, integrada por otros profesionales de igual naturaleza, pero contando con cierta autonomía intelectual. Un ejemplo interesante, y que correspondería profundizar, es el de los abogados de reparticiones públicas del Estado, como Procuración General de la Nación o las Fiscalías de Estado en las provincias. Remitimos a PADILLA, *op. cit.*, p. 45 y ss.

(20) ALOU, *op. cit.*, p. 353.

(21) Decimos en principio, porque en el caso del abogado podrían contratarse sus servicios solo para la presentación de una contestación de demanda o de un recurso, configurándose un opus que permitiría encuadrar la relación jurídica como una locación de obra. BUSTAMANTE ALSINA, *op. cit.*, p. 440 y ss., cuando menciona «ya sea que se trate de asesoramiento legal, intervención directa en alguna gestión o arreglo extrajudicial o el patrocinio letrado o defensa del mismo. En esta hipótesis el contrato tiene el carácter de una locación de servicios o de obra».

(22) Diccionario de la Real Academia Española: «Que tiene muchas o varias formas», <http://www.rae.es>.

- (23) ALOU, op. cit., p. 354.
- (24) ABDALA, Martín E., El deber de información. Su existencia, contenido y alcance en el derecho contractual en general y en los negocios bancarios en particular, Buenos Aires, Ábaco, 2007, especialmente el cap. II, p. 43 y ss.
- (25) En contra: BELLUSCIO, Augusto C., "Obligaciones de medios y de resultado. Responsabilidad de los sanatorios", La Ley, 1979-C, p. 28 y ss.; PADILLA, René A., Responsabilidad civil por mora, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 138 y ss.; WAYAR, Ernesto C., Derecho civil. Obligaciones, Buenos Aires, Depalma, 1990, t. I, p. 127 y ss.
- (26) LORENZETTI, Ricardo L., "La obligación de medios y la responsabilidad del profesional", La Ley, 1989-D, 87.
- (27) Íd., Tratado de los contratos. Parte general, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 608, quien afirma: «El interés fundamental de la distinción es la distribución de la carga probatoria: En las obligaciones de resultado el deudor es responsable si no se alcanza el resultado, salvo que pruebe la fuerza mayor. En las de medios, en cambio, es el acreedor quien debe probar la culpa».
- (28) TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. II, p. 141.
- (29) PIZARRO, Ramón D. – VALLESPINOS, Carlos G., Instituciones de derecho privado. Obligaciones, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. II, p. 623.
- (30) Ver más abajo el análisis del proyecto de Código Civil y Comercial 2012.
- (31) ALTERINI, Juan M., "La responsabilidad del abogado en el marco de la teoría de las obligaciones de resultado atenuadas", RCyS, 2001, p. 418 y ss.
- (32) AZAR, Aldo M., Obligaciones de medios y de resultado, Buenos Aires, La Ley, 2012 [tesis doctoral dirigida por el prestigioso jurista cordobés Ramón D. Pizarro].
- (33) PADILLA, op. cit., p. 178 y ss.
- (34) AZAR, op. cit., p. 95, agregando: «Para llegar al enunciado de la distinción, Demogue aborda la problemática acerca de si ambas órbitas -la contractual y la delictual- constituyen una misma categoría de responsabilidad. A tal fin analiza si las reglas impuestas por la ley son idénticas o difieren para el caso de inejecución de un contrato y de la comisión de un delito, y si son dos nociones distintas o una sola».
- (35) PADILLA, op. cit., p. 179 y ss.
- (36) PADILLA, op. cit., p. 138 y ss. Continúa el autor citado, precisando que «respecto de las llamadas obligaciones de medio: constituye un sofisma sostener que el deudor pueda eximirse de responsabilidad demostrando que ha empleado diligencia, pero no arribó al resultado que normalmente conduce la conducta debitoria diligente. Es contradictorio, porque si de veras hubiera sido diligente habría arribado al resultado a que esa conducta estaba destinada».
- (37) ARIAS CÁU, Esteban J., "Actos realizados por los directores durante el período de formación de la sociedad anónima", La Ley, 2000-D, 1052. BELLUSCIO, op. cit., p. 28 y ss.
- (38) WAYAR, Ernesto C., Derecho civil. Obligaciones, Buenos Aires, Depalma, 1990, t. I, p. 120 y ss.

(39) PADILLA, Rodrigo – ARIAS CÁU, Esteban J., “La responsabilidad del concesionario y del Estado frente a las privatizaciones (concesionarias de peaje)”, La Ley, 1997-F, 1428.

(40) PADILLA, René A., Responsabilidad civil por mora, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 140.

(41) A los efectos de abonar lo expuesto en el texto, nos remitimos a las notas de los arts. 499 y 505 CCiv, respectivamente, en las cuales Dalmacio Vélez Sarsfield destacaba que «El Cód. francés y los demás códigos que lo han tomado por modelo, han confundido causas de los contratos con las causas de las obligaciones» y que «El Cód. francés y los otros de Europa que regularmente lo siguen, confunden los efectos de los contratos con los efectos de las obligaciones».

(42) PADILLA, op. cit., p. 140.

(43) WAYAR, op. cit., p. 129.

(44) PADILLA, op. cit., p. 141.

(45) WAYAR, op. cit., p. 129 y ss.

(46) PADILLA – ARIAS CÁU, op. cit. PADILLA, op. cit., p. 141.

(47) WAYAR, op. cit., p. 131.

(48) PADILLA, op. cit., p.145.

(49) ARIAS CÁU, Esteban J., “Actos realizados por los directores durante el período de formación de la sociedad anónima”, La Ley, 2000-D, 1052. PADILLA, op. cit., p. 139.

(50) PADILLA, op. cit., p. 143.

(51) ALOU, op. cit., p. 350.

(52) Utilizamos la obra Reformas al Código Civil. Proyecto y notas de la comisión designada por Decreto 468/92, Buenos Aires, Astrea, 1993.

(53) Seguimos la obra Unificación de la legislación civil y comercial. Proyecto de 1993, Buenos Aires, Zavallía, 1994. Este proyecto se conoce como de la Comisión de Juristas o Proyecto de 1993 de la Cámara de Diputados de la Nación, para distinguirlo del Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993.

(54) Utilizamos para la cita el Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Con nota de elevación, fundamentos y legislación complementaria, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, Buenos Aires, 1999. Obsequio del Secretario de la Comisión, Dr. Luis F. P. Leiva Fernández, quien tuviera a su cargo la técnica legislativa del mentado proyecto.

(55) GAGLIARDO, Mariano, Responsabilidad de los directores de sociedades anónima, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, p. 103.

(56) Ampliar en PADILLA, René A., Sistema de la responsabilidad civil, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, p. 28 y ss. El autor entiende por sistema al «conjunto ordenado de componentes que se interactúan en miras a una finalidad jurídicamente determinada». Esta forma dinámica de entender la obligación de responder nos parece la más adecuada.

(57) Entendemos, siguiendo a PADILLA, por obligación de responder aquella que implica «atender patrimonialmente un requerimiento formulado por el derecho, debido al acaecimiento de alguna circunstancia que le sirve de causa» PADILLA, Responsabilidad civil por... cit., p. 1.

(58) CAZEAUX, Pedro N. – TRIGO REPRESAS, Félix A., Derecho de las obligaciones, La Plata, Platense, 1970, t. II, p. 18.

(59) Por todos: PADILLA, Rodrigo, Visión crítica a las cuestiones centrales de la responsabilidad civil, Tucumán, El Graduado, 2001, p. 19 y ss. En especial, recomendamos la lectura de las pp. 64-68.

(60) LORENZETTI, Ricardo L., Tratado de los contratos. Parte general, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 582, quien menciona que el bien jurídico tutelado es el crédito.

(61) CNCiv, Sala D, 5/11/2007, in re “Demortier, Marta Mónica c/ M. H. J. s/ daños y perjuicios”, MJJ18120 : «La responsabilidad civil profesional es aquella en la que pueden incurrir quienes ejercen una determinada profesión, al faltar a los deberes específicos que la misma les impone, o sea que es, en suma, la que deriva de una infracción típica de ciertos deberes propios de la actividad profesional de que se trate. Es obvio que quien se desempeña en una profesión debe poseer los correspondientes conocimientos teóricos y prácticos, y obrar con ajuste a las reglas y métodos pertinentes con la necesaria diligencia y previsión. Ergo, en lo primordial, nada hay en la responsabilidad profesional que difiera de los principios básicos de la responsabilidad civil en general, sin perjuicio de las particularidades propias, o matices diferenciales, que en cada caso concreto puedan presentarse».

(62) “Demortier, Marta Mónica c/ M. H. J.” cit.; CNCiv, Sala H, 23/7/2008 in re “Leanza, Roberto Atilio c/ K. C. D. y otros s/ daños y perjuicios”, MJJ38539 ; CNCiv, Sala M, 14/7/2011, in re “Dulce, Alfredo Alberto c/ Carpaneto, Susana Elisa s/ daños y perjuicios”, MJJ67721 : «En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad del abogado, la misma es contractual con respecto a su cliente. Hay infracción al deber que le impone la representación de su cliente cuando no cumple los actos procesales apropiados tendientes a la correcta prosecución de la causa».

(63) Seguimos la enumeración de MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El rol de los abogados en el juicio de daños”, Responsabilidad civil. Homenaje al profesor doctor René A. Padilla, Dir. Luis F. P. Leiva Fernández, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 381 y ss.

(64) En tal sentido, ver: PADILLA, Rodrigo, Visión crítica a las cuestiones centrales de la responsabilidad civil, Tucumán, El Graduado, 2001, p. 20, quien afirma que «la misma [la acción] es indispensable para que se produzca cualquier efecto jurídico incluidos, obviamente, los resultantes de un hecho dañoso».

(65) PADILLA, René A., Sistema de la responsabilidad civil, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, p. 61.

(66) MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños. Parte general, Buenos Aires, Ediar, 1971, t. I, p. 9 y ss. Ampliar en PADILLA, Sistema... cit., p. 16 y ss.

(67) MOSSET ITURRASPE, ib., p. 56.

(68) PADILLA, Sistema... cit., p. 46.

(69) Íd., Visión crítica... cit., p. 52.

(70) LORENZETTI, Ricardo L., Tratado de los contratos. Parte general, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 589; CNCiv, Sala H, 23/7/2008, in re “Leanza, Roberto Atilio c/ K. C. D. y otros s/ daños y perjuicios”, MJJ38539 .

(71) TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. II, p. 290 y ss.

(72) Seguimos a LORENZETTI, Ricardo L., Tratado de los contratos. Parte general, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 597.

(73) “Leanza, Roberto Atilio c/ K. C. D.” cit.

(74) LORENZETTI, Ricardo L., Tratado de los contratos. Parte general, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 591.

(75) Por todos: PADILLA, Rodrigo, “De los daños por los que debe responder un abogado negligente”, Responsabilidad civil. Homenaje al profesor doctor René A. Padilla, Dir. Luis F. P. Leiva Fernández, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 387 y ss.

(76) CNCiv, Sala M, 26/12/2007, in re “Paier, César Rolando c/ C. A. A. s/ daños y perjuicios”, MJJ19797 : «Lo que se indemniza en el caso es una mera chance.Ello así pues el análisis de la causa y de la contestación de demanda tardíamente presentada permite colegir, sin dificultades, que el actor solo contaba con escasas posibilidades de obtener un mejor resultado del juicio laboral en el que fue demandado. En estos supuestos no puede asegurarse que el beneficio esperado se habría producido, pues el hecho culposo de un tercero ha interrumpido el desarrollo de la cadena causal que hubiera desembocado en un resultado, frustrando así la posibilidad de obtenerlo».

(77) “Demortier, Marta Mónica c/ M. H. J.” cit.: «Corresponde hacer lugar a la demanda de daños y perjuicios iniciada por la actora fundada en el mal desempeño profesional del abogado demandado quien, en su calidad de letrado patrocinante dejó perimir la instancia de dos procesos judiciales».

(78) CNCiv, Sala M, 14/7/2011, in re “Dulce Alfredo Alberto c/ Carpaneto Susana Elisa s/ daños y perjuicios”, MJJ67721 . En el caso, se trató de la omisión en fundar un recurso ya interpuesto tempestivamente, pero que el cliente no prestó la pertinente colaboración, a raíz de lo cual se rechaza la demanda de mala praxis.

(79) ALOU, op. cit., p. 356.

(80) CIFUENTES, Santos (dir.) y SAGARNA, Fernando Alfredo (coord.), Código Civil. Comentado y anotado, Buenos Aires, La Ley, 2003, t. I, p. 377, comentario al art. 512 del Código Civil, agregándose: «Efectuada esa comparación se determinará si el deudor está incurso en culpa, por omisión de diligencias que habría decidido practicar. A la inversa, si de tal comparación sale airoso el deudor, estará exento de culpa. Es una cuestión de hecho librada a la ponderación judicial».

(81) LORENZETTI, Ricardo L., Tratado de los contratos. Parte general, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 607.

(82) CIFUENTES y SAGARNA, op. cit., p. 630.

(83) O. cit. Comentario al art. 909 del Código Civil.

(84) Por todos, nos remitimos: MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El rol de los abogados en el juicio de daños”, Responsabilidad civil. Homenaje al profesor doctor René A. Padilla, Dir. Leiva Fernández, Luis F. P., Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 379-385.

(85) “Demortier Marta Mónica c/ M. H. J.” cit.

(86) Íd.: «Corresponde encuadrar el caso en la normativa que rige la responsabilidad contractual profesional, debiendo determinarse que la obligación que había asumido el letrado patrocinante de la actora era una obligación de medios toda vez que al no haber existido mandato (o poder) en favor del profesional, los actos procesales y las omisiones del cliente que actúa por derecho propio no son, en principio, imputables a aquel»; CNCiv, Sala M, 26/12/2007, in re “Paier, César Rolando c/ C. A. A. s/ daños y perjuicios”, MJJ19797; CNCiv, Sala H, 23/7/2008, in re “Leanza, Roberto Atilio c/ K. C. D. y otros s/ daños y perjuicios”, MJJ38539: «Cuando se trata de daños causados por el abogado a su propio cliente, con el que celebró previamente un contrato de prestación de servicios profesionales, su responsabilidad civil es de naturaleza contractual, en razón de resultar precisamente de la inejecución o mal ejecución de las obligaciones que el profesional asumiera contractualmente, las que encuadran en las que la doctrina y jurisprudencia denominan obligaciones de medios en tanto no se compromete a ganar un juicio, sino a poner de su parte todos sus conocimientos, aptitud, y diligencia en procura del resultado esperado pero no asegurado (del voto del doctor Giardulli, al que adhiere el doctor Kiper – mayoría)».

(87) Por todos: “Paier, César Rolando c/ C. A. A.” cit.

(88) LORENZETTI, Ricardo L., Tratado de los contratos. Parte general, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 610.

(89) Utilizamos para la cita la obra Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Redactado por la Comisión de reformas designada por Decreto 191/2001, Buenos Aires, La Ley, 2012.

(90) “Fundamentos”, Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Redactado por la Comisión de reformas designada por Decreto 191/2001, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 543 y ss.

(91) BORAGINA, Juan C.- MEZA, JORGE A., Médicos y abogados. La inconstitucional inversión de la carga probatoria de la culpabilidad incorporada al art. 1735 del proyecto de unificación del año 2012, 8/11/2013, Microjuris, Doctrina, MJD6494 . Luego, agregan: «De allí que, por todas las razones expuestas, consideramos disvalioso el criterio proyectado dado que, al igual que el art. 1625 de la ley de 1987, sentará también a los mencionados profesionales en el banquillo de los acusados como presuntos culpables, por el solo hecho de no haber podido lograr el resultado no comprometido en la obligación de medios asumida. Ahora, con el anómalo fundamento de considerar que aquellos se encontrarían invariablemente en mejores condiciones para probar. Por tal razón, en el caso de sancionarse el mencionado precepto inversor, este resultará inconstitucional por violación de lo normado en los arts. 16 y 17 de la CN. Amén de ello, en la forma en que se encuentra redactado -potestad judicial inversora de la carga probatoria- afectará el principio de legalidad del sistema de asignación de la referida carga procesal dado que, oponiéndose al carácter invariablemente “normativo” de dicho sistema, otorga al órgano judicial la facultad de utilizarlo en cada caso concreto. Por todas las razones expuestas, consideramos

injusto el sistema propuesto en el art. 1375 (sic) del proyecto de reforma, reiterando al respecto que nuestro derecho positivo -mediante la conjunción de lo establecido en los arts. 377 y 163 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Nación y, adicionalmente, lo normado en los arts. 509 in fine y 16 del Código Civil- establece un sistema equilibrado de distribución de la carga probatoria del factor subjetivo de la culpabilidad, tanto en materia de responsabilidad contractual como extracontractual».

(*) Abogado, UNT. Magíster en Derecho Empresario, Universidad Austral. Profesor adjunto de Derecho Civil III (Contratos), UCSE-DASS. Presidente del Instituto de Derecho Civil, Colegio de Abogados y Procuradores de Jujuy. Secretario del Instituto Noroeste, dependiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor.

N. del A.: Sobre la base de la disertación brindada en las Jornadas de Responsabilidad Civil Preparatorias de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. En Homenaje al Profesor Doctor Atilio A. Alterini, realizadas los días 15 y 16 de agosto de 2013, en la ciudad de San Salvador de Jujuy. Se hicieron correcciones formales y se agregaron notas para facilitar su lectura, pero respetando el espíritu de la conferencia original.