



La responsabilidad civil en el Proyecto 2012 del Código Civil y Comercial de la Nación, con especial referencia a la responsabilidad profesional en el mismo

DR. ENRIQUE C. MÜLLER

Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala II. Santa Fe.

El anteproyecto le reconoce a la responsabilidad civil tres funciones: preventiva, punitiva y resarcitoria, y lo hace sin desconocer que, tanto en el Derecho comparado como en nuestro país, existen discusiones doctrinales -como se destaca en sus fundamentos- acerca de si la prevención y la punición integran o no la noción de responsabilidad, pero, exhibiendo una visión superadora, nos dice que por ello es necesario que la Ley resuelva la controversia. A la par de que la necesidad de una diversidad de finalidades se aprecia si se considera que en este Anteproyecto no sólo se tutela el patrimonio, sino también la persona y los derechos de incidencia colectiva; para concluir -en argumentos que comparto- que va a ser la definición de los derechos que se tutelan lo que determine un sistema más complejo de funciones de la responsabilidad, toda vez que no hay una jerarquía legal, porque varía, conforme los casos y bienes en juego.

Digamos solamente que en el moderno Derecho de daños, tal como se destaca en los fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998, la prevención tienen un sentido profundamente humanista pero, a la vez, económicamente eficiente, porque la evitación de los daños no sólo es valiosa desde la perspectiva ética, sino también

desde un punto de vista macroeconómico y, que ello se condice con el hecho que la responsabilidad civil actual ha reformulado sus finalidades: ya no es sólo resarcitoria, sino también preventiva. La evolución se basó en el cambio de una serie de paradigmas, a saber, entre otros, «de responsabilidad como deuda, a la responsabilidad como crédito a la indemnización» y de la reparación a la prevención (Lorenzetti, Ricardo L.: Fundamento constitucional de la reparación de daños, La Ley, 2003- C, 1184). Aspectos sobre los que me explayo con el fin no sólo de compartir el trabajo realizado por la Comisión en este sentido, plasmando aquello que la doctrina desde hace más de treinta años viene pregonando, al alegar que la responsabilidad civil debería persuadir al eventual autor de un daño de desistir de su conducta, o a tomar los mayores recaudos posibles para evitar hechos lesivos (Calabresi); sino también porque, no obstante que las transformaciones sociales no conllevan por sí solos la modificación de lo jurídico, sí imponen los cambios en el mismo y, desde este vértice poder trabajar con nuevas perspectivas, nos permitirá verificar si el proceso que nos llevó a su reconocimiento, posibilitará la realización de los derechos que se pretenden con tales funciones.

Introducción: Definición de «profesionales liberales». Antecedentes sobre esta responsabilidad especial. Proyectos de 1987 y 1998. LDC

Es un tema sensible y controvertido.

La discusión empieza con la propia terminología: a las notas de intelectualidad y autonomía se agrega el título universitario y la matrícula (estos dos últimos emergen de la exclusión del artículo 2 de la LDC). La doctrina española diferencia oficio (actividad manual), empleo (subordinación), arte (actividad creadora) y profesión (actividad intelectual).

La visión clásica del profesional liberal (Roma: sólo los ciudadanos libres) puso de resalto su defensa irrestricta; como «libres» se rechazaban los controles y la posibilidad de juzgar sus aciertos o errores en la práctica o ejercicio.

Mosset Iturraspe nos muestra dos sectores antagónicos extremos: a) los que tratan con severidad a las profesiones liberales por la importancia que emerge del título universitario, la ejemplaridad del título universitario y la confianza que habilita al artículo 902 del CC; b) el trato benévolo

de médicos y abogados que no profesan una ciencia exacta y tienen libertad en la elección de los medios; las causas de los fracasos hay que buscarlas en los pacientes y clientes.

El Jurista santafesino ubica en esta última corriente al Proyecto de 1998 que contenía, como una novedad, la atenuación de la responsabilidad de los profesionales por los daños causados por su mala praxis en virtud de la modestia o modicidad de la cuantía de la remuneración percibida. Tales soluciones, en materia de responsabilidad civil, fueron consideradas por gran parte de la doctrina como un retroceso en el corrimiento de las fronteras del Derecho de Daños.

Por su parte -antes- el proyecto del año 1987 establecía una verdadera inversión en la carga probatoria de la culpa en la locación de servicios, cuando se tratara de profesionales que asumieran obligaciones de medios, mostrando un tratamiento de la responsabilidad profesional innovador y resistido por el sector profesional, que se sintió afectado con la normativa que pretendía instaurarse.

En el mismo se aludía a los profesionales, sin delimitar el campo de aplicación de la normativa con el término «liberales» re-

sistido por algunos doctrinarios. En este proyecto, si bien se establecía como base de la responsabilidad profesional la culpa (con una inversión probatoria fuerte), contemplaba la posibilidad de establecer una imputación de tipo objetiva, basada en el riesgo o vicio de la cosa, receptada por analogía en los daños causados por actividades riesgosas por su naturaleza o por las circunstancias de su realización. Así, establecía en el art. 1.625, inciso 2: «En caso de controversia queda a cargo del profesional la prueba de haber obrado sin culpa, en los términos del artículo 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». Tal inversión de la carga probatoria constituyó una de la causal que originó el veto del presidente Menem, por considerarla violatoria del principio constitucional de inocencia al forzar a los profesionales a probar su no culpa. Está claro pues, que el espíritu de este proyecto era la protección de los consumidores de servicios profesionales.

En definitiva, el artículo 1.625, inciso 2, del vetado Proyecto de 1987 establecía, con relación a los profesionales, la siguiente regla: «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». Siendo claro que en dicha norma del Proyecto se receptaba la tradicional clasificación de las obligaciones «de medios» y «de resultado», con relación a los deberes que habitualmente pueden asumir los profesionales, ya que, en efecto, según la misma: sin «el profesional debió obtener un resultado determinado», la sola no obtención del mismo pone de resalto el incumplimiento de su obligación, por lo que únicamente puede liberarse «demostrando la incidencia de una causa ajena», o sea la ruptura del nexo causal entre su proceder y el daño, en razón de la incidencia de un caso fortuito o de fuerza mayor; en tanto que «la prueba de haber obrado sin culpa», sólo puede estar referida, por exclusión, al supuesto de las obligaciones de medios, en las que no se asegura un «resultado determinado», sino solamente una prestación diligente e idónea, normalmente apta y eficaz para el logro de aquél, pero sin que se lo pueda garantizar por tratarse de algo contingente o aleatorio.

De ello, fácil resulta concluir que las propuestas de modificación legislativa han

tenido en cuenta esta clasificación, aun cuando debe admitirse que en el referido Proyecto no se asignaron exactamente, a esas dos categorías de obligaciones, las mismas consecuencias que la doctrina tradicional les había atribuido con anterioridad. En la solución propiciada para las obligaciones «de medios», ya no tiene el acreedor que probar la culpa del profesional sino que le basta con alegar el daño, correspondiendo en cambio a este último la demostración de que el mismo no le es imputable a título de culpa, mediante la prueba de que obró en el caso con la prudencia, aptitud y diligencia debidas, conforme a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar.

Análisis del artículo 1768 del Proyecto actual:

I- Reglas de las obligaciones de hacer

Art. 773 del Proyecto. Un contrato de servicios profesionales con una obligación nuclear de hacer y «deberes secundarios de conducta» (Lorenzetti). Normas que rigen (Mosset Iturraspe).

La primera frase de la norma establece que «La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones

de hacer». Esta era una posición sobre la que ya trabajaba la doctrina. Lo decía Mosset Iturraspe: las obligaciones que prometen los profesionales como deudores son esencialmente «obligaciones de hacer» y cuando penetra en los contratos como sus fuentes, se los califica dentro de la «locación de servicios». Autores como Ricardo Lorenzetti, al referirse a la naturaleza del vínculo profesional y requirente del servicio, lo tipificaron como un «contrato de servicios profesionales». El profesional tiene una obligación nuclear «de hacer», de realizar un servicio. Para ello, ostenta discrecionalidad técnica; puede elegir los medios a utilizar. Este contrato especial fue regulado en proyectos anteriores, no en el actual. Además de la obligación nuclear, el profesional contrae una serie de «deberes secundarios de conducta», como la confidencialidad, colaboración, deberes de seguridad, información.

Mosset Iturraspe, antes del proyecto actual, ya enumeró «las normas que rigen las profesiones»: unos pocos artículos del Código Civil (en el proyecto se sostiene que las obligaciones de hacer «son aquellas cuyo objetivo consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho, en el tiempo, lugar y modo acordados por las partes», artículo 773 y ss.). Las provincias también cumplieron su cometido

regulatorio con los Códigos de ética y de leyes arancelarias. También señaló la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad y las cuestiones que plantea: buena fe, deber de información, cláusulas limitativas de la responsabilidad, etcétera. Además, cuando se enfrentan dos partes con distinto poder de negociación (con base en la información diferente), sabemos lo que acontece: es necesaria la intervención del Estado.

Precisamente, el Proyecto contiene otras normas aplicables, como aquellas que impone a las partes un obrar con cuidado y previsión, según las exigencias de la buena fe (art. 729)

II- Responsabilidad subjetiva, excepto compromiso de resultado concreto

Arts. 1.724 (factores subjetivos: culpa y dolo) y 1.725 (valoración de la conducta). La tradicional clasificación de obligaciones de medio y de resultado (T. Represas)

La carga de la prueba de los factores de atribución y eximentes (1.734). Facultad judicial de ponderar cuál de las partes se halla en mejor situación (1.735). Consagración de las cargas probatorias dinámicas (Peyrano)

El proyecto sigue el criterio que la res-

ponsabilidad de los profesionales emerge de su hecho propio o personal, razón por la cual el factor de atribución es subjetivo: culpa o dolo.

Ello nos remite a los artículos 1.724 y 1.725 del Proyecto, que reitera que son esos dos los factores subjetivos de atribución. El primero, define la culpa en términos casi idénticos al actual artículo 512 del CC, como la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión (esta última manifestación de la culpa es muy importante para el supuesto de responsabilidad especial). El dolo se configura -en los términos del Proyecto- por la producción del daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (en esta última frase hay alguna novedad respecto del actual artículo 1.072 del Código Civil).

La conducta se valorará, a su vez, siguiendo esta directiva del Proyecto: cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno el conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de sus consecuencias. Se contempla la valoración de conductas, dando continuidad a los arts. 902 y 909, infaltibles

en toda argumentación de responsabilidad de profesionales a la hora de juzgar la llamada culpa profesional.

En tal empresa, cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta, no se toma en cuenta la condición especial o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial de las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad por la condición especial del agente. La existencia de una confianza particular supone que «... el acreedor delega una mayor cantidad de facultades en el deudor que la que resulta frecuente realizar, en razón de la condición especial de este último» (Lorenzetti, Ricardo Luis: «Responsabilidad Civil de los Médicos», Tomo 1, ed. 1997, pág. 327). «... A mayor confianza depositada, mayor rigor en apreciación de la culpa» (Lorenzetti, Ricardo Luis: «Responsabilidad Civil de los Médicos» Tomo 1, ed. 1997, pág. 329)

La prueba de los factores de atribución y de los eximentes corresponde a quien los alega (art. 1.734), sin perjuicio de lo que preceptúa el artículo 1.735 acerca de las cargas probatorias dinámicas y, que si el Juez lo considera pertinente, durante el proceso comuni-

cará 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.

El resultado: cuando se señala que la responsabilidad es subjetiva «excepto que se haya comprometido un resultado concreto», entiendo que se recepta la tradicional clasificación de las obligaciones de medio y de resultado con relación a los deberes que habitualmente pueden asumir los profesionales. En efecto, según la misma, si el profesional debió obtener un resultado determinado, la sola no consecución del mismo pone de resalto el incumplimiento de su obligación, por lo que únicamente podría liberarse «demostrando la incidencia de la causa ajena».

Obligaciones de medios y obligaciones de resultado

Origen de la distinción: Trigo Represas y López Mesa nos refiere, en su Tratado, de la responsabilidad civil que discute quién fue el autor de esta distinción (algunos doctrinarios argentinos y franceses asignan la paternidad de la misma a Demogue, Compagnucci de Caso, T. Represas, Andorno, entre otros; en cambio otros encuentran antecedentes previos a Demogue: se remiten al Derecho Romano (Mazeaud), al antiguo Derecho francés

(Jorge Alterini) y hasta la Doctrina alemana (Izquierdo Losada, A. Alterini). Pero, cualquiera sea el resultado de esta polémica velada, es indudable el aporte relevante que aquel Jurista francés realizó con su obra del año 1925.

La formulación original de Demogue fue una construcción doctrinaria y primordialmente docente. Nació en el seno de los contratos donde la regla era la obligación de resultado. El objetivo básico y principal de tal clasificación era la distribución de la carga probatoria: en las obligaciones de medio el acreedor debe probar la culpa de su deudor para obtener condena; por el contrario, en las obligaciones de resultado, el hecho objetivo de que el deudor no haya obtenido el resultado lo transforma en responsable, excepción hecha del caso en que éste pruebe una interrupción del nexo causal. Por ello, su distinción tuvo un interés práctico claramente demarcado. Tuvo importantes críticas como las del Prof. Díez-Picazo que se ha opuesto al «apriorismo reduccionista» de Demogue. Básicamente, lo que se sostiene es que no cabe establecer reglas fijas a priori sobre la obligación de resultado; es la regla o la excepción. Entre nosotros, también Mosset Iturraspe ha cuestionado la expresión «obligación de medios», afirmando que ella «no es feliz, en la medida en que la

expresión parece desvincular el deber del deudor del compromiso de alcanzar un resultado; del interés del acreedor -jurídicamente protegido- de lograr un resultado beneficioso».

En la **evolución de la idea**, los hermanos Mazeaud y André Tunc propusieron reemplazar aquella terminología por resultarles «ambigua», y sustituirla por la de «obligaciones determinadas» y «obligación general de prudencia y diligencia». Según ellos, es una clasificación general de las obligaciones, aplicable tanto al régimen contractual como al aquiliano. Otro aporte de los Mazeaud está en el campo de aplicación del *distingo*, que ya no se limita a las obligaciones de hacer, sino que también se puede aplicar a las de no hacer y a las de dar. Pero su aporte más interesante está en el estudio interno del *distingo*, cuya separación en su tesis no es tajante. El parámetro de separación entre uno y otro campo es la aleatoriedad del resultado: a) el azar se encuentra en las obligaciones determinadas (de resultado) en una mínima expresión que se revela en la posibilidad de eximirse por caso fortuito; b) en las obligaciones generales de prudencia y diligencia (de medios), el azar es constitutivo, no dependiendo su incidencia del grado de diligencia del deudor. En la elaboración de estos autores, dicha clasificación

básicamente distribuye el peso de la carga probatoria, al consagrar en la obligación determinada o de resultado una presunción de culpa que no se encuentra en el otro segmento.

Actualmente, la distinción ha calado hondo en las doctrinas y jurisprudencias francesa, italiana, española y argentina; en especial, en lo referido a la responsabilidad profesional. Aparecen fallos en este sentido de la Corte de Casación francesa y la Cámara de Casación de Italia, esta última con la usual caracterización de la obligación del médico como de medios, con excepción del campo de la cirugía estética (6/10/97).

En el orden nacional, una profunda e ingeniosa construcción es la del Prof. Alberto Bueres, quien ha dado un nuevo lustre a esta clasificación. Su aporte más relevante se relaciona con la configuración ontológica de la distinción. En un fallo que dictó como Juez de Primera Instancia sostuvo que «en las obligaciones de medios el acreedor es quien debe demostrar la culpa del deudor, a diferencia de lo que acontece en los deberes de resultado en el que el primero sólo está compelido a probar la falta de obtención del objetivo perseguido (resultado); esto es, el incumplimiento material u objetivo de la presta-

ción, pues con ello basta para que la culpa quede fuera de cuestión; se descarte» (causa «Sachi de Reggie», 26/2/80, confirmada por la CNACiv. Sala E). Con una pretensión taxonómica, distingue interés primario -que son los medios debidos- y un interés final aleatorio. Condiciona los medios debidos, los que ya no son cualesquiera, sino aquellos reconocidos como aptos para perseguir el interés, aunque no se lo alcance. En las obligaciones de resultado, el interés primario se diluye, cobrando presencia determinante el fin último. Agrega Bueres que si en las de resultado se persigue un fin preciso y determinado y no hay posibilidad de eximirse mostrando la falta de culpa, se trata de una imputación objetiva de responsabilidad. De modo que las obligaciones de resultado dan lugar a un régimen de imputación objetiva, con la sola exigente del caso fortuito, mientras que las de medios presupone una imputación subjetiva, con la exigente de la falta de culpa y casus. Otro aspecto que resalta Bueres es que la cuestión procesal es contingente, que no hay una necesaria vinculación entre este distinguo y la carga de la prueba.

Sostiene el profesor Trigo Represas que este trípode de aportaciones (Demogue, los Mazeaud y Bueres) constituye la tríada de elementos más importantes que se su-

maron a la construcción desde su origen, anterior al siglo XX. Pero no existe en esta materia unanimidad, ni siquiera un consenso más o menos amplio acerca de la terminología a emplearse. Lo volátil de las diferentes elaboraciones no es una simple diferencia terminológica sin influencia sobre la cuestión de fondo.

En tal inteligencia entiendo que, más que nunca, debemos aceptar la distinción entre obligaciones de medios y de resultado que ha obtenido carta de ciudadanía, no sólo en la doctrina y la Jurisprudencia (europea y americana), sino también en el proyecto de Reforma del Código Civil. En punto a ello, una razón para mantenerla surge de las reglas de uso común del lenguaje, ya que como contrapartida no advertimos que ninguna de las nomenclaturas alternativas sea superadora de esta terminología.

Objeto de la distinción: la contraposición de las dos categorías de obligaciones (de medios y de resultado) se establece por su objeto; por la diversa manera de definir el contenido de la prestación del deudor (Trigo Represas). La base de la clasificación está dada por los deberes que tiene que cumplir el deudor en la relación de obligación, donde el objeto está constituido por las prestación (Compagnucci de Caso).

Obligaciones de medios: lo único comprometido es una actitud apta, eficiente, idónea para producir normalmente un resultado, pero sin que ese resultado pueda ser asegurado. El deudor está obligado a actuar con diligencia, a conducirse con prudencia para intentar obtener el resultado esperado. El acreedor, para demostrar que la obligación no se ha cumplido, debe probar que el deudor no se ha comportado con la prudencia y diligencia a las que estaba obligado. Esta prueba resulta dificultosa, ya que implica realizar un análisis pormenorizado de la actuación del obligado, y sólo en caso de acreditar alguna negligencia en su comportamiento, éste responderá por ella (López Mesa).

Diez-Picazo da buenos y pertinentes ejemplos de ellas cuando dice que «al médico que presta sus servicios sólo se le podrá reclamar una actividad diligente en la prestación de las actividades de diagnóstico y curación, pero no se podrá decir que no ha cumplido con su obligación por el hecho que el paciente no obtenga la curación esperada, porque el médico no promete la curación del enfermo, sino únicamente el administrarle un serie de cuidados de acuerdo con una técnica científica y profesional».

En ninguna de estas obligaciones el obligado asegura un resultado: ni el médico se

compromete a sanar efectivamente al enfermo, ni el abogado a ganar el pleito; sino que se obligan a poner todos los medios que las respectivas técnicas indican como idóneos para esos fines, pero que pueden no lograrlo. Es decir, en estas obligaciones siempre que se consiga el resultado el deudor se libera, pero no siempre que éste no se obtenga el deudor carga con la responsabilidad. Si el deudor demostrare haber puesto toda su pericia, cuidado y capacidad en la ejecución de la obligación a su cargo, no puede ser responsabilizado por la no obtención del resultado (López Mesa). Aquí el factor de atribución es subjetivo. En estas obligaciones de medio al acreedor, para reclamar indemnización, no le basta demostrar el daño sufrido, sino que debe probar además la culpa del deudor en la falta del resultado, o sea que no puso en práctica los medios que normalmente conducen a la obtención del efecto perseguido, o que en el empleo de estos medios se ha incurrido en negligencia, imprudencia, etcétera. Por ejemplo: en la actuación de un médico -al cual se le ha muerto el paciente- no les bastaría a los parientes probar la contratación de los servicios ni la muerte del enfermo, sino que tendrían que demostrar la culpa del médico por no haber empleado los medios apropiados para su curación (de acuerdo a las normas de la ciencia médica), o que los

ha empleado deficientemente (Cazeaux-Trigo Represas). Numerosas son las obligaciones de la Jurisprudencia y Doctrina (Bustamante Alsina, Trigo Represas, Compagnucci de Caso, Vázquez Ferreyra, López Mesa, Bueres); las principales son las obligaciones profesionales de médicos, abogados, etcétera.

Obligaciones de resultados: el deudor no sólo tiene el deber de observar una determinada conducta, sino también de obtener el logro de la finalidad perseguida por ella. En estas obligaciones, con prescindencia de la fuente que las origine, al acreedor le basta con demostrar la existencia de la obligación o el acontecimiento dañoso, para que se presuma la culpa del deudor (Mazeaud, Cazeaux-Trigo Represas, entre otros).

El factor de atribución es objetivo. El deudor tiene un único medio de eximirse de responsabilidad probando la ruptura del nexo causal, o el desvío del mismo, o bien el hecho fortuito, o fuerza mayor, o el hecho de un tercero (López Mesa). Como dijera Bueres en un voto: «si la obligación es de resultado, la revelación del incumplimiento objetivo descarta la culpa (no existe 'presunción relativa' en esta dirección), pues el plan de prestación tiene por meta un objetivo concreto, determinado» (CNACiv. Sala D «Israel, Carlos» voto en disidencia 29/8/83).

Las obligaciones de dar son básicamente de resultado; las de hacer son generalmente de medios.

Ambito de aplicación del distingo: La distinción entre obligaciones de medios y de resultado nació en el seno del derecho de los contratos, siendo durante décadas confinada su aplicación a ese segmento. Henri Mazeaud en 1936 formuló su célebre Tesis expansiva de la doble summa divisió proponiendo la aplicación del distingo de Demogue, tanto a las obligaciones contractuales, extracontractuales, como a las de dar, hacer y no hacer. Hoy se admite que se trata de una clasificación general de las obligaciones y que resulta aplicable también a algunos supuestos en materia extracontractual (cfr. Trigo Represas y Bueres).

Efectos de la distinción: Para un sector importante esta clasificación tiene directa relación con la carga probatoria de la culpa. Según Bustamante Alsina, cuando se compromete una obligación de resultado, queda fuera de cuestión la culpabilidad, porque el lazo de sujeción del deudor es tan fuerte que sólo se libera mediante la demostración del caso fortuito. En cambio, cuando están en juego sólo medios, es el acreedor el que debe patentizar la culpa del *solvens*.

La tendencia más moderna es que en las obligaciones de resultado no hay presunción de culpa, sino imputación objetiva.

Por nuestra parte, pensamos que la importancia de tal distingo se proyecta muy especialmente sobre el régimen probatorio: en las obligaciones determinadas al acreedor le bastará con establecer -a veces sólo con invocar- que no se logró el resultado prometido y nada más, correspondiendo en todo caso al deudor que quiera exonerarse de responsabilidad, la acreditación de que ello sucedió por caso fortuito u otra causa extraña ajena a él; mientras que en las de «medios» no es suficiente la mera no obtención del fin perseguido pero no asegurado, sino que también se debe demostrar que ello acaeció por culpa del obligado. Ello sentado, fácil resulta advertir que, con relación a algunas profesiones liberales, la obligación que en general asume el profesional es en realidad de «medios», ya que, verbigracia, ni el médico asegura que va a curar al enfermo, ni el abogado que va a ganar el pleito, sino que únicamente se comprometen a cumplir una prestación eficiente e idónea, con ajuste a los procedimientos que las respectivas técnicas señalen como a los más aptos para el logro de esos fines, pero sin poder dar certeza de que ellos se puedan alcanzar.

Críticas a la distinción y sus efectos: han sido diversas, con distintos fundamentos. Una primera posición relativiza la importancia de la clasificación, explicando que hay diversos matices en el orden probatorio (Alterini y López Cabana distinguen entre obligaciones de resultado ordinarias, atenuadas y agravadas; obligaciones de medios ordinarias y reforzadas). La segunda postura admite la clasificación pero moderando sus concepciones hasta admitir mecanismos presuntivos que amenguan los aspectos conflictivos que derivan de imponer la carga probatoria a las víctimas. Así, cuando la culpa debe ser probada por el actor, admiten presunciones judiciales de culpa y la carga probatoria dinámica que la hace recaer sobre quién se halla en mejor situación para probar. Autores como Lorenzetti (1992) hablaron de una Reforma pretoriana sin base legal.

Reflexión final respecto de la utilidad de esta distinción: La distinción es útil y portadora de consecuencias prácticas para ser aplicada a las obligaciones de hacer o prestadora de conducta.

Pero aun cuando se sostenga como regla la carga de la prueba de la culpa médica (por ej.) sobre el paciente, esta regla se desdibuja con varios recursos (Kemelmajer de Carlucci): 1) la señalada teoría de las cargas proba-

torias dinámicas; 2) la vieja regla del res ipsa loquitur (las cosas hablan por sí mismas); 3) la rigurosa aplicación de la culpa profesional en temas del «derecho a la salud y a la vida» según el criterio de la Corte Suprema de Justicia [C.S.J.N., 13/10/89, «Amante c/ Asoc. Mutual Transporte Automotor», I.A. 1990-II-126 Y E.D. 136-679. En este fallo se siguieron los lineamientos ya sentados mucho tiempo atrás por la Sala A de la Cámara Nacional en lo Civil, en su fallo del 21/7/77 en autos «Biedma c/ Clínica Bazterrica», La Ley, 1977-D, 92 Y E.D. 74- 563, luego reiterada en muchos otros pronunciamientos: Cámara Nacional Civil, Sala E, 7-6-2006, «B. de L., A. N. c. c., M.», La Ley, 2006-E, 255; ídem Sala F, 5/5/88, «Pérez c/ Trombetta», La Ley, 1989-C, 624, Iurispr. Agrup. 6.119; ídem 24/8/82, «Bernal c/ Dir. Bienestar Armada», E.D. 102-331; Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala 1, 8/10/82, «G., I. v. c/Estado Nacional», E.D. 103-578; votos de los Dres. Fayt y Vázquez en autos «R. A. c/ Porcella, Hugo y otros», CS 10/05/1999, publicado en Rev. de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, año II, N° 2, págs. 86/92, etcétera]; 4) un lento apartamiento de la distinción tradicional, al afirmarse «la obligación siempre es de medios, pero de medios adecuados», pues -como dice Lorenzetti-: aunque el médico no se obliga a curar -se admita o no el distingo entre obligaciones de medios y de resultado-, lo cierto es que la

finalidad curativa colorea los medios aportados por el Galeno y siempre debe orientarse hacia la curación del paciente enfermo, directiva coincidente con la ética médica.

Pero el compromiso asumido por el médico, de proceder con la diligencia propia de su especialidad y de obrar conforme a las reglas y métodos propios de su profesión, debe examinarse a la luz de la directiva del art. 902 del Código Civil: «cuando 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»; y sin pasar por alto además, que cuando está en juego la vida de un ser humano, la menor imprudencia, el descuido o la negligencia más leve, adquieren una dimensión especial que las reviste de singular gravedad.

Mosset Iturraspe habla de «atributos de los medios» y así menciona que deben ser idóneos, adecuados, actualizados y según la ciencia y la técnica. Frente al fracaso del servicio (muerte del paciente o pérdida del juicio), el prestador del servicio debe demostrar los atributos indicados; no puede ampararse en el «escudo de los medios».

Prestigiosa jurisprudencia sigue también este criterio cuando expone que en la actualidad se está abandonando la *summa*

divisio entre obligaciones de medio y de resultado, dado que la obligación es siempre de medios pero de medios adecuados, y los mismos deben ser aplicados de conformidad con reglas técnicas y éticas, cuya violación por el agente configura una conducta penalmente reprimible. [SC Mendoza, Sala z-, 10.6.94, «Fiscal vs.Fernández Gatica, Ramón y otro»].

Otros mecanismos utilizados y ya citados como tendientes a aliviar la pesada carga probatoria de la culpa profesional, pueden mencionarse a la prueba de presunciones (contemplada expresamente en todos los Códigos de procedimientos civiles) y la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas, cuya paternidad bien puede atribuírsele al distinguido procesalista Jorge W. Peyrano. Si bien respecto de las cargas probatorias dinámicas se ha dicho que no se encuentra regulada como regla del *onus probandi* en el Código Procesal Civil y Comercial, no es menos cierto que ha sido utilizada en forma reiterada por los tribunales, y muy particularmente en los casos de responsabilidad civil médica.

Una conocida sentencia de la Sala D de la Cámara Nacional Civil de fecha 16 de julio de 1998 dictada en la causa «Contreras, Juan c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires», resolvió que «En materia

de responsabilidad médica y a consecuencia de que el deber jurídico central asumido por el facultativo es por lo general de actividad, en principio incumbe al paciente (pretensor) la carga de demostrar la culpa de aquél (demandado). No basta pues, con revelar la mera infracción estructural, o sea, la causación del daño médico para deducir *sic et simpliciter* el elemento subjetivo (culpa), aunque tal transgresión al *alterum non laedere* provoque antijuricidad, que es asunto diverso... Cuando la responsabilidad profesional se funda en la culpa, ésta debe ser en principio probada por el actor, sin perjuicio de que el Juez tenga en cuenta la importancia de las presunciones judiciales y del concepto de carga probatoria dinámica, cuyo funcionamiento es excepcional, que hace recaer la carga de la prueba en cabeza de aquel que se encuentra en mejor situación para probar» (El fallo fue publicado en *Jurisprudencia Argentina*, 1999, Tomo II, pág. 495 y ss., con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra titulada: «La prueba de la culpa médica: las cosas en su justo lugar»).

Y en este aspecto se localiza un gran avance, ya que con la incorporación del arto 1735 al ordenamiento jurídico, tal teoría tiene respaldo normativo. Otro punto para destacar es la obligación que impone dicha norma al Juez de comunicar a las partes la decisión

de utilizar la teoría de la carga de la prueba dinámica, lo que abre la posibilidad recursiva a las partes, garantizando el derecho de defensa de las mismas y haciendo armónica la nueva Legislación con los más elevados preceptos del ordenamiento jurídico en el que pretende incorporarse.

La fórmula se afianzó y reiteró en encuentros de juristas: en las «V Jornadas Rioplatenses de Derecho», San Isidro, Bs. As., 1989; «Cuartas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil», San Juan, 1989; «Primeras Jornadas de Rosario sobre Responsabilidad civil en el ejercicio de profesiones liberales», Rosario, Sta. Fe, 1989; «III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de La Pampa», Sta. Rosa, La Pampa, 1991; «Segundo Congreso Internacional de Derecho de Daños», Bs. As., 1991; «Primeras Jornadas de Buena y Mala Praxis», Colegio de Abogados de Lomas de Zamora, Bs. As., 1995. La aludida fórmula coincide con unas ponencias que, presentadas por el Dr. Bueres en los dos primeros eventos citados y en algunos posteriores, es la siguiente: «Cuando la responsabilidad profesional se funda en la culpa, ésta debe ser en principio probada por el actor, sin perjuicio de que el Juez tenga en cuenta la importancia de las presunciones judiciales y del concepto de carga probatoria dinámica, cuyo funcionamiento es excepcional, que

hace recaer la carga de la prueba en cabeza de aquel que se encuentra en mejor situación para probar». Han apoyado -con su firma, el criterio- en los diversos encuentros jurídicos mencionados, los doctores: Atilio A. Alterini, Luis O. Andorno, Roberto M. López Cabana, Jorge Mosset Iturraspe, Roberto A. Vázquez Ferreyra, Aída Kemelmajer de Carlucci, Roberto H. Brebbia, Eduardo A. Zannoni, Gustavo A. Bossert, Carlos A. Parellada, Rubén Compagnucci de Caso, Enrique C. Banchio, Ramón D. Pizarro, Carlos G. Vallespinos, Félix A. Trigo Represas, Gabriel Stiglitz, Graciela Messina de Estrella Gutiérrez, José W. Tobías, Isidoro H. Goldenberg, Juan J. Casieppo, Jorge A. Zago, Angel Chavarri, Aníbal Piaggio, Dora Szafir, Beatriz Venturini (estas dos últimas, profesoras uruguayas), y otros distinguidos juristas.

III- Cuando la obligación se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la imputación objetiva derivada de la intervención de cosas y ciertas actividades, excepto que se cause un daño derivado de su vicio.

Inaplicabilidad como regla del artículo 1.757. La excepción: el vicio de la cosa. Una noción que emerge del artículo 1.051 (Inc. b) y las distintas clases de vicios. El ingreso al régimen de responsabilidad

profesional objetiva (art. 1.758) y un análisis crítico.

Los casos típicos son los supuestos de responsabilidad médica por daños causados con intervención de cosas; es decir, el perjuicio se origina con independencia, o al margen del acto médico en sí.

La norma habilita la imputación objetiva de responsabilidad del profesional liberal en los casos de daños causados por el vicio de las cosas que utiliza. No habla de riesgos sino de vicios, que es una categoría que la abundante doctrina que existe sobre el artículo 1.113 del CCiv., consideró como particular especie de riesgo. Buscando en el Proyecto, ubicamos una noción de vicio en el artículo 1.051 (Inc. b) como aquél. «La responsabilidad por defectos ocultos se extiende a los vicios reprobatorios, considerándose como tales los defectos que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o disminuyen su utilidad a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido, o su contraprestación hubiese sido significativamente menor».

Sin embargo, la Doctrina (especialmente en el ámbito del derecho del consumidor) ha desarrollado aquella noción, incluyendo otras clases de «defectos» como los de

«fabricación, diseño, conservación e información» (Gonzalo Sozzo). Será un campo fecundo de trabajo para la dogmática, que deberá establecer los supuestos en los que el daño causado por el servicio profesional encuentra su origen en un vicio de la cosa o actividad. El interés práctico es relevante; ya el ingreso a un ámbito de responsabilidad objetiva profesional traerá sustanciales beneficios para las víctimas de esos daños.

IV- La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas. Son las hipótesis en las que no participan «cosas» en los daños que se causan; hay pura actividad profesional. Aquí el Proyecto reafirma la vigencia de una imputación subjetiva que es la reina en este ámbito.

V- Síntesis de los presupuestos para la responsabilidad civil de los profesionales liberarles, con especial referencia a la consagración de la pérdida de chance como daño resarcible

La pérdida de chance

El maestro Trigo Represas nos indica que la Doctrina francesa la define como a la «desaparición de la probabilidad de un suceso favorable»; el perjudicado pierde la expecta-

tiva de conseguir o tener un bien, material o inmaterial. Comprende todos aquellos casos en los cuales el sujeto afectado podría haber realizado un provecho, obtenido una ganancia o un beneficio, o evitar una pérdida, resultados que fueron impedidos por el hecho antijurídico de un tercero.

La certidumbre del daño aparece esfumada o borrosa, aunque se halla presente, pues de otro modo no se trataría de un daño indemnizable. El problema radica en que tratándose de una situación en la que el comportamiento antijurídico de un tercero interfiere en el curso normal de los acontecimientos, ya nunca podrá saber, con certeza absoluta, si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél.

Como expusiera Bustamante Alsina «toda chance es un interés legítimo, es decir, protegido por la Ley, porque es una expectativa patrimonial del titular de un patrimonio... el cual se convierte en una facultad de actuar para reclamar en justicia el valor económico de aquella esperanza».

Así se escribió sobre la pérdida de una chance de curación y daño cierto, como secuela de una mala praxis médica. Por ello, «el monto de la indemnización por el daño se determina por la pérdida de la

oportunidad, lo cual es naturalmente menor» (CCiv., Sala C «Solinz» 17/6/85).

En este rubro no se relaja o desaparece la vigencia de los presupuestos de la responsabilidad civil; la diferencia fundamental entre la pérdida de chance, el lucro cesante y el daño emergente fincan en una cuestión de grados de certidumbre. La pérdida de una oportunidad o chance constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro (Trigo Represas). En agudas palabras de Zanoni, coexisten «un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. Certeza de que, de no mediar el evento dañoso, el damnificado habría mantenido la esperanza en el futuro que le permitiría obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial. Pero, a la par, incertidumbre - definitiva ya- de que manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la chance, la ganancia se habría, en realidad, obtenido, o la pérdida se habría evitado. Agudamente se indicó, en un caso, que el análisis de la «pérdida de chance» confronta dos extremos cuando se trata de casos límites: de un lado, aquello que podría calificarse como 'castillos en el aire' y del otro, la predecible -por lo razonable- expectativa de contar con determinada utilidad (CCiv., Sala B «Longas» 10/4/97).

Según la Jurisprudencia, se entiende por «chance» la probabilidad de una ganancia que resulta frustrada por el incumplimiento del deudor (SCBA «Reinoso», 6/3/90). Cuando «la chance» implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que se ve frustrada por culpa del responsable, se convierte en un daño actual resarcible; por ello, la indemnización debe ser de la «chance» misma, y no de la ganancia estimada en forma matemática, por lo que debe ser apreciada judicialmente, y de acuerdo a las circunstancias de cada caso (CCiv. Sala E, «Panza», 21/3/86). Para la procedencia del resarcimiento del rubro «pérdida de chance» debe acreditarse la existencia de un perjuicio con un concreto grado de probabilidad de convertirse en cierto, razón por la cual no es admisible el reclamo si versa sobre un daño puramente hipotético (CSJN «R., P.A. c/Estado Nacional» 15/7/97, LL 1997-F-15).

En lo tocante a la indemnización de la chance, debe decirse que lo indemnizable es la chance misma, en cuanto daño actual resarcible, valorándose en sí misma y no en relación al eventual beneficio o ganancia frustrada. La Jurisprudencia francesa ha fijado el criterio de que la reparación de una pérdida de chance tiene por medida a la chance perdida y no puede ser igual a la ventaja que se buscaba obtener (Corte de Casación Francesa, 2002).

El monto del resarcimiento no se determina por el daño y su cuantía, o el beneficio esperado, sino por la pérdida de la oportunidad, lo que naturalmente es menor. La indemnización es la chance misma que el Juez apreciará en concreto, y no de la ganancia o de la pérdida que era el objeto de aquélla, ya que no puede olvidarse que lo frustrado es propiamente la chance, la cual, por su propia naturaleza, es siempre problemática su realización (SCBA «Kessler» 29/9/87). Debe ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, sin que pueda nunca identificarse con el eventual beneficio perdido.

Casuística. El ejemplo clásico de pérdida de chance es el del caballo de carrera que por culpa de su transportista o de un tercero llegó tarde y no pudo participar de la carrera; la pérdida de la posibilidad de ganar el premio asignado a la carrera, configura para su propietario un daño indemnizable, a título de pérdida de chance; o la muerte de un niño por nacer o de corta edad origina un perjuicio patrimonial cierto y que se concreta en la pérdida de las esperanzas legítimas de ayuda futura de sus progenitores (criterio de la CCiv. en casi todas sus Salas). La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fallos recientes, resolvió que no puede negarse la indemnización por la «pérdida de chance» por la muerte de un

hijo menor, que por su naturaleza es sólo una posibilidad, con el argumento de que es imposible asegurar que de la muerte del menor vaya a resultar un perjuicio, pues ello importa exigir una certidumbre extraña al concepto mismo del daño de cuya reparación se trata; cuya existencia, por otro lado, no cabe excluir en función de la corta edad del fallecido, pues es dable admitir la frustración de una posibilidad de futura ayuda y sostén para los progenitores, expectativa legítima y verosímil según el curso ordinario de las cosas, particularmente en medios familiares de condición humilde [CSJN «Peón» 17/3/98].

En el ámbito de la responsabilidad profesional, la jurisprudencia sostuvo:

1- Si bien la pérdida del juicio por omisión imputable al abogado representa un daño cierto, la indemnización no puede consistir en la suma reclamada en la demanda, toda vez que, por depender en alguna medida de circunstancias ajenas al abogado, no puede saberse a ciencia cierta si la sentencia hubiera reconocido la totalidad de lo reclamado; por tanto, el resarcimiento debe consistir en la pérdida de una «chance» [CCiv., Sala E, «Pinheiro» 26/12/91]. La apoderada que, por su culpa, dejó prescribir la acción que se le encomendó promover, debe indemnizar a su mandante por

las costas del juicio perdido y por la chance de triunfo que tenía la acción prescripta [CCiv., Sala F «Berger» 7/7/87].

2- Si el proceder negligente privó al actor de obtener el tratamiento médico que resultaba específicamente adecuado para el cuadro que presentaba, aun cuando no puede conocerse cuál hubiera sido el resultado obtenido, resulta claro que el enfermo se vio privado de la chance de ser sometido al tratamiento aconsejable [CCiv., Sala G. «Tallón», 27/10/87].

Creemos necesario emprender una tarea de «reconstrucción» teórica de la responsabilidad por daños [Lorenzetti, Ricardo «El sistema de la responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica», La Ley, 1993-D, 1140]. Esta debe partir imprescindiblemente de los casos, de las responsabilidades especiales, para constatar cuánta heterogeneidad hay en ellas [Lorenzetti, Ricardo: «La responsabilidad por daños y los accidentes de trabajo», Ed. Abeledo-Perrot, 1993]. Hecha esta tarea, hay que construir a partir de esos datos los nuevos principios generales [Lorenzetti, Ricardo: «Estudio sobre la nueva concepción normativa del riesgo creado en el Derecho argentino», en «Derecho de daños», en Homenaje a Félix Trigo Represas,

Dir.: Arda Kemelmajer de Carlucci, coord.: Carlos Parellada, pág. 339, Edit. La Rocca, Buenos Aires, 1993] en una nueva «teoría general» capaz de comprender los diversos subsistemas.

Sin perjuicio de ello, creo que la manera en que este proyecto regula la actividad profesional, no importa un avance desmedido -al decir de Mosset Iturraspe- un entusiasmo como reparador, que olvida la injerencia que en la vida actual -en las relaciones de tráfico- tiene de causal y fortuito; muy por el contrario, con claridad, nos señala la normativa que regula la actividad profesional, que la misma no se sostiene en accidentes o infortunios, sino en decisiones que exhiben conductas negligentes, imperitas o imprudentes, y en los supuestos donde no se haya obtenido el resultado concreto comprometido y, que cuando acontece que la responsabilidad deviene objetiva por la utilización de cosas (materiales- herramientas- aparatología), lo redactado -como dijéramos- importa un campo fecundo para el trabajo de la dogmática, con el beneficio que ello traerá a las víctimas de este daño ■