

Sobre la responsabilidad profesional

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Sobre la responsabilidad en general

La responsabilidad, en general, puede conceptualizarse diciendo que ella consiste en reparar los perjuicios que provoca el incumplimiento de una obligación preexistente. De aquí que sea necesario, previamente, establecer cuál es la naturaleza de la obligación infringida. Como es sabido, dicha obligación puede hallarse establecida en un contrato o en la ley, y, en este último caso, tratarse del deber genérico de no causar daño a nadie en la vida social (*neminem laedere*) o de un deber específicamente impuesto en la ley. Por lo tanto, la responsabilidad tiene tres vertientes distintas: **contractual, extracontractual y legal** (incluyendo en esta última la llamada responsabilidad cuasicontractual).

La responsabilidad, desde esta perspectiva, es una **sanción civil** que debe ser considerada como una conducta de reemplazo equivalente y substitutiva del cumplimiento de la obligación. Desde este punto de vista, su objetivo último es restaurar el orden social instituido en el ordenamiento jurídico. La responsabilidad, por ende, contribuye y es requisito esencial de la "seguridad jurídica", valor de situación que sólo puede concebirse en el marco de un "estado de derecho".

En nuestro sistema jurídico la responsabilidad se funda en un reproche **subjetivo** que se manifiesta en la necesidad de vincular el incumplimiento de la obligación a un factor de atribución (culpa o dolo). Tal principio opera, por igual, en el ámbito de la responsabilidad contractual como extracontractual. Sólo por excepción la ley considera casos de responsabilidad **objetiva** que deben hallarse definidos expresamente en la ley o desprenderse de manera inequívoca de ella. Este tipo especial de responsabilidad está fundado en el **riesgo** (creación o aprovechamiento de circunstancias peligrosas que por sí solas aproximan a la víctima al daño o lo exponen directamente a él). Es incuestionable que éste se multiplica en la vida moderna como consecuencia de la llamada sociedad de masas y el desarrollo tecnológico, que nos enfrenta, cada vez más, a peligros desconocidos e incontrolables que se traducen en daños muchas veces, incluso, difusos y de autoría incierta.

No creemos nosotros posible sustentar una teoría unitaria de la responsabilidad, como muchos autores lo han postulado. Afirmamos, por el contrario, que la dualidad entre responsabilidad contractual y extracontractual obedece a realidades irreconciliables y diversas que se expresan en una multiplicidad de aspectos recogidos en las normas positivas. Prueba de lo que se señala es el hecho de que existen disposiciones diferentes y hasta contrapuestas entre ambas instituciones, todas las cuales apuntan a la naturaleza misma de la responsabilidad. Podría sostenerse, por consiguiente, que se trata de dos estatutos jurídicos incompatibles: uno fundado en un vínculo previamente establecido entre un sujeto pasivo (obligado) y un sujeto activo (acreedor); y otro en un vínculo impuesto en la ley, que nace al momento de producirse el incumplimiento, entre la víctima (dañado) y el victimario (dañador).

De lo expuesto se desprende, prima facie, que la responsabilidad profesional puede configurarse en el campo de la responsabilidad contractual (cuando la obligación nace del contrato) o en el campo de la responsabilidad extracontractual (cuando los servicios de esta índole no han sido convenidos con antelación al incumplimiento). Los autores han destacado el hecho de que, por lo general, los servicios profesionales se prestan en virtud de contratos de adhesión o por adhesión o de cláusulas predispuestas, en los cuales el "cliente" se limita a prestar su aceptación sin que exista una negociación de las condiciones. Asimismo, no son infrecuentes las llamadas "relaciones necesarias", "cuasicontractuales" y "forzosas" (como ocurre con un médico que atiende en una dependencia de urgencia a un paciente inconsciente o incapaz de decidir por sí mismo). Usualmente, entonces, las prestaciones profesionales tienen rasgos propios, porque contractualmente provienen de contratos de adhesión o de cláusulas predispuestas o, bien, resultan de una relación forzosa o necesaria. Lo anterior justifica dar a este tipo de relaciones un tratamiento especial más acorde con su carácter y su naturaleza.

II. Tendencias actuales sobre la responsabilidad

En el último tiempo la responsabilidad ha experimentado una evolución muy significativa. Son numerosas las innovaciones que se han producido en este ámbito, generándose, incluso, el llamado "derecho de daños", que se aboca, precisamente, a la tarea de desarrollar y sistematizar las reformas, la nueva jurisprudencia y la doctrina que incide en esta materia. Si se nos pidiera precisar en qué aspectos esta evolución ha sido más profunda, deberíamos, a lo menos, señalar tres capítulos:

a. Aumento de la cobertura de daños. En todos los sistemas de responsabilidad se ha ido ampliando la naturaleza, origen y caracteres de los daños indemniza-

bles, especialmente el llamado “daño subjetivo” o daño sobre la persona (daño ambiental, daño sexual, daño estético, daño biológico, daño a la salud, daño a la vida de relación, daño al proyecto de vida, daño espiritual, daño psíquico, etcétera). La jurisprudencia nacional y comparada ha abierto camino a esta tendencia, aceptando la reparación de daños de la más diversa índole.

b. Aumento de los casos de responsabilidad objetiva. El mundo moderno y, en especial, la sociedad de masas y el prodigioso y continuo desarrollo tecnológico han multiplicado las áreas de “riesgo creado”, lo cual, en muchos casos, ha acarreado una desconfianza del medio social en instalaciones y proyectos cuyos verdaderos efectos se desconocen. Así, por ejemplo, el emplazamiento de torres eléctricas de alta tensión, o de antenas telefónicas, o la construcción de centrales hidroeléctricas o termoeléctricas, o de embalses que alteran el medio ambiente, etcétera, desatan reacciones sociales multitudinarias de rechazo que se traducen en el reclamo de elevadas reparaciones patrimoniales. No exageramos al sostener que la comunidad demanda la ampliación de la responsabilidad objetiva frente a hechos y situaciones que sobrepasan su previsibilidad sobre perjuicios eventuales.

c. Admisión de regímenes especiales de responsabilidad. Lo antes señalado ha hecho aumentar los regímenes orgánicos de responsabilidad objetiva, como sucede en el área del derecho aeronáutico, del consumidor, del tránsito, informático, ambiental, del paciente, etcétera. De este modo, se abre paso una zona cada día mayor en que los daños indemnizables aumentan considerablemente al margen del juicio de reproche subjetivo representado por los factores de atribución o imputabilidad.

III. Responsabilidad profesional

Esta clase de responsabilidad debe considerarse inserta en las tendencias ya señaladas. Acorde con lo anterior, urge reconocer que este tipo de responsabilidad tiene rasgos propios que demandan un tratamiento distinto por parte de la jurisprudencia, como se demostrará en las observaciones que siguen.

Una autora, al referirse a este tema, comienza por reconocer que “no existe hoy consenso doctrinario y jurisprudencial relativo al factor de atribución aplicable a la responsabilidad civil del abogado”.¹ De aquí que se exija la concurrencia de un factor subjetivo u objetivo para configurar este tipo de responsabilidad. La

¹ Sandra M. Wierzba. *Responsabilidad Civil del Abogado*. Editor José Luis Desalma. Buenos Aires. Año 2006. Pág. 95.

misma autora, partiendo de la distinción propuesta por Demoge y acogida por la jurisprudencia francesa, entre "obligaciones de medio" y "obligaciones de resultado", ha sistematizado las tendencias sobre esta cuestión en la siguiente forma: "a) El abogado siempre responde subjetivamente (pues sólo se halla comprometido por una obligación de medio); b) El abogado responde en el marco de la teoría de las obligaciones de resultado atenuadas, o sobre la base de una obligación de medio, pero con carga probatoria invertida. c) El abogado responde en general en forma subjetiva, mas lo hace objetivamente en algunos casos, por ejemplo, en relación al cumplimiento de ciertos actos que hacen a su específica incumbencia (en ciertos supuestos debe medios, en otros debe alcanzar un resultado)".² Como puede apreciarse, la responsabilidad profesional tiene aristas propias y no es fácil circunscribirla a una sola categoría.

Creemos útil referirnos y comentar los casos en que el profesional (en este supuesto el abogado) responde objetivamente, ya que, como es sabido, la regla general es la responsabilidad subjetiva, razón por la cual para que exista responsabilidad deberá concurrir como factor de imputación la culpa o el dolo. Siguiendo a la misma autora, sobre este punto, se señala que el abogado puede obligarse a un determinado resultado, por ejemplo cuando se compromete a "redactar un contrato o un estatuto societario", o a realizar una "partición". Asimismo, en los "actos procesales" que realiza el abogado, tales como presentar un escrito judicial en el plazo legal, concurrir a una audiencia o, en el evento de que pese sobre su cliente un "impulso procesal" proceder a tal impulso. En tales casos no sería necesario probar culpa profesional, bastando con la "objetiva frustración del resultado esperado". Corresponde, entonces, al abogado que pretende eximirse de responsabilidad demostrar una causa ajena –hecho de la víctima o caso fortuito– en la producción del resultado dañoso. La referida autora, al plantear su posición sobre la materia, se inclina por la responsabilidad subjetiva, pero concluye con dos aclaraciones: "a) A pesar que el abogado responde por culpa, recayendo en un principio la carga de la prueba sobre el damnificado, no rechazamos la imposición de mayores obligaciones a los abogados con el paso del tiempo y la evolución del derecho. El reconocimiento de nuevas exigencias, como, por ejemplo, informar y obtener el consentimiento del cliente, o asumir la plena dirección jurídica aun a falta de mandato, resulta válido y hasta plausible. Sólo que el incumplimiento de tradicionales o nuevos deberes profesionales podrá ser juzgado sobre la base del art. 512 del Cod. Civil (argentino), que expresamente permite apreciar la circunstancias de tiempo y lugar, y así recoger y adaptarse a los nuevos desarrollos. b) Lo dicho hasta aquí no obsta la responsabilidad objetiva en que podrá incurrir el abogado en

² Sandra M. Wierzba. Obra citada. Págs. 95 y 96.

supuestos puntuales, si pesare sobre él un deber de garantía por la conducta de otro profesional”.³

Si bien es cierto que estos comentarios están referidos al ejercicio de la profesión de abogado, tienen ellos una clara incidencia en lo relativo a las demás profesiones. Muchos de los planteamientos relativos a la responsabilidad profesional –su inmensa mayoría– están referidos al ejercicio de la medicina, lo cual, en cierta medida, ha distorsionado la teoría general y sensibilizado a la jurisprudencia, atendida la naturaleza misma de dichos servicios. No está de más señalar que rechazamos nosotros la distinción entre obligaciones de “medio” y de “resultado”, la cual carece de base en nuestra legislación, sin perjuicio de distorsionar lo que resulta esencial en el concepto y contenido de la obligación. Por lo mismo, fundar en ella una supuesta responsabilidad objetiva en lo que atañe al ejercicio de una profesión, nos resulta inaceptable. La obligación impone al sujeto pasivo (deudor) una “conducta típica”, dada por el nivel de diligencia de que responde, y no el logro de un determinado resultado. Confundir la “obligación” con la “prestación” constituye un error, porque se asimila el medio (conducta) y el resultado (aquello que se procura alcanzar). Consiguientemente, ningún profesional responde nunca de un resultado, sino sólo de una conducta o comportamiento que se orienta a la consecución de un fin (la prestación). Lo propio ocurre en todas las demás obligaciones, cualquiera que sea su contenido y finalidad.

IV. La responsabilidad profesional en Chile

En nuestro país, atendida la especialidad de algunas de las disposiciones que regulan el ejercicio de las profesiones universitarias, la cuestión tiene contornos propios.

Nuestra tesis, por ende, se apoya en la naturaleza de estos servicios y en la intervención que cabe al Estado al imponer un “deber de garantía” respecto de todo aquello que ejecuta un profesional en calidad de tal.

A. Título profesional y monopolio legal

La actividad profesional está **regulada en la ley y reservada a determinadas personas** que, a juicio del Estado (ley), se encuentran en condiciones de prestar este tipo de servicios. Por consiguiente, es la comunidad toda la que, para su conveniencia y resguardo, habilita sólo a ciertos individuos para el ejercicio de

³ Sandra M. Wierzba. Obra citada. Pág. 108.

actividades especiales a las cuales se asigna especial relevancia. Por lo tanto, forzoso es reconocer que el título profesional, otorgado por alguna universidad reconocida por el Estado, impone un “deber de garantía” que se traduce en que el profesional está capacitado y cuenta con las aptitudes y destrezas técnico-científicas que aseguran un desempeño adecuado en lo tocante a las materias que forman parte de su actividad especializada.

A la acreditación de habilidades profesionales (otorgamiento de un título universitario) se sigue el establecimiento de un **monopolio en favor del titulado**, resguardado por normas de carácter civil y penal (el ejercicio ilegal de profesiones titulares está sancionado en el artículo 213 del Código Penal). La reserva de esta actividad económica a un núcleo reducido de personas es consecuencia del “deber de garantía” que se sigue de la certificación de competencia que representa el otorgamiento del respectivo título universitario.

En consecuencia, la actividad profesional se despliega, a nuestro juicio, sobre la base de tres rasgos distintivos:

a. Posesión de un certificado de competencia profesional otorgado por el Estado, a través de un establecimiento universitario reconocido oficialmente o de una entidad pública (título). Sólo pueden ejercer estas actividades aquellas personas investidas de tal calidad. Es más, la misma ley establece los casos en que se pierde la facultad de ejercer profesiones titulares (como ocurre, por ejemplo, al aplicarse al profesional una pena de inhabilitación perpetua o temporal para el ejercicio de una profesión titular, sanción regulada en los artículos 39 y 40 del Código Penal).

b. Imposición de una máxima diligencia y cuidado en el desempeño de estas tareas, lo cual resulta ser la natural contrapartida de la autorización concedida para estos efectos y del monopolio de que goza el poseedor del título profesional. Como se analizará enseguida, ello implica que el profesional estará siempre obligado, en el desempeño de estas tareas, a emplear la máxima diligencia y cuidado que corresponda según el área en que desempeñe dichas funciones (contractual o extracontractual).

c. La culpa profesional no se gradúa en todo lo que dice relación con las habilidades, competencias y destrezas que integran esta actividad. En otros términos, el profesional debe emplear, como se dijo, la máxima diligencia (responde por culpa levísima) en todo cuanto dice relación con los servicios profesionales que ha contratado, y de la máxima diligencia (según los estándares generales imperantes en la sociedad), cuando se trate de servicios que no han sido objeto de estipulación contractual.

Fruto de estos rasgos distintivos de la actividad profesional es el “**deber de garantía**” que conlleva todo servicio profesional universitario, ya que no tendría sentido ninguno la intervención del Estado en el otorgamiento de los títulos profesionales, si de ello no se derivara una consecuencia positiva para quienes requieren de este tipo de servicios especiales.

Lo señalado precedentemente ha suscitado controversia en la doctrina. Jorge Mosset Iturraspe describe este panorama en los siguientes términos:

“La doctrina ha tenido oportunidad de ocuparse de dos posiciones extremas, en orden a la culpa de los profesionales:

“1. Aquella que, con un marcado afán de ‘tutela profesional’ sólo admite su responsabilidad frente a la demostración de su ‘culpa grave’ –situación que el proyecto de 1998 asimila al dolo (art.1604 c)– y que la doctrina tradicional ha configurado cuando se da una ‘negligencia mayúscula’, una imprudencia grosera o una impericia rayana en la ignorancia (es la solución acogida por el Código Civil del Perú), y

“2. Otra, francamente opuesta, que extiende la responsabilidad de los profesionales a los hechos –o incumplimientos– atribuibles a cualquier especie de culpa: grave, leve o levísima. Recordemos que si la culpa grave apunta a impericias burdas o groseras, y la leve a los descuidos que un profesional medio no hubiera cometido, la levísima tiene como sustento un obrar sumamente diligente o celoso, cuidados extremos, dedicaciones máximas.

“No aprobamos ninguna de estas posturas que se apartan de la prudencia, razonabilidad o ‘logos de lo razonable’, al decir de Recas. La primera peca por falta de permisividad, y la segunda por exceso de rigurosidad.

“Empero, mientras la pretensión de hacer responsable por ‘toda culpa’, por más mínima que ésta sea, aparece hoy como muy extraña –casi a contramano de los tiempos o de sus designios–, la contraria, la que deja sin sanción ciertas faltas por carecer de gravedad extrema –asimilable al dolo– muestras ‘rebrotos’ o nuevos adictos. Pensamos que los profesionales no pueden estar en una situación privilegiada o de excepción, frente al hombre común, a sus faltas o errores; pero tampoco creemos que sea justo que el ordenamiento ‘se ensañe’ con ellos y les exija más de lo que se pretende de cualquiera. Responsabilidad por culpa grave y leve no parece suficiente y equitativo.

“En expresión de Bueres, se exige ‘la prudencia normal, la que puede prestar el médico diligente medio, que no es lo mismo que el ‘mediano’ o el ‘mediocre’ ”.⁴

Discrepamos de lo manifestado por este autor, ya que, como hemos señalado en lo precedente, tratándose de la responsabilidad de los profesionales universitarios existen dos factores que no se presentan en los demás casos y que, por lo mismo, ameritan una consideración especial. No es indiferente que la capacidad y preparación profesional esté certificada por el Estado (a través del control sobre la dación de los títulos universitarios), y que el mismo Estado haya consagrado un monopolio en favor de aquellos que están dotados presuntivamente de las capacidades, habilidades y destrezas que exige la “buena praxis”. Quien requiere de un médico, un abogado, un ingeniero, un odontólogo u otro profesional universitario, está obligado a escoger entre aquellos seleccionados por el Estado y, precisamente, porque es éste quien certifica su idoneidad profesional. No parece justo, entonces, asignarles a todos ellos el mismo tratamiento que se da una persona cualquiera en sus actividades laborales. Es aquí en donde radica una diferencia que no puede soslayarse y que justifica imponer al profesional universitario los máximos rangos de diligencia y cuidado. Lo señalado no es, como dijimos, sino una consecuencia directa del “deber de garantía” que va implícito en todo servicio profesional.

Dos cosas pueden parecer discutibles. En primero lugar, la intervención que corresponde al Estado en la certificación de idoneidad profesional y, en segundo lugar, la deducción que hacemos para llegar a sostener un tratamiento legal diferente cuando abordamos la responsabilidad profesional. Veamos. Si bien es cierto que los títulos profesionales son otorgados, generalmente, por las universidades, no lo es menos que todas ellas, por mandato legal, están reconocidas y acreditadas por el Estado. Podrá sostenerse que el control que se ejerce sobre éstas es menor o no determinante, pero esta cuestión –por lo demás bien discutible– es de políticas públicas y está definida en la ley. Lo cierto e indiscutible radica en que es el Estado quien reconoce el “título profesional” y el que crea y ampara el “monopolio” de que gozan quienes ejercen tareas de esta índole. Por otra parte, de la certificación de idoneidad que otorga el Estado y del monopolio que consagra la ley puede deducirse que los profesionales universitarios no se hallan en la misma condición en que se encuentra una persona cualquiera. Un sentido jurídico elemental no puede prescindir de los factores diferenciadores ni desconocer que ellos deben tener efectos en el ámbito de la responsabilidad. De la certificación del Estado y del monopolio legal que favorece a los profesionales se deduce la imposición de mayores

⁴ Jorge Mosset Iturraspe. *Responsabilidad por daños*. Tomo VIII “Responsabilidad de los profesionales”. Rubinzal-Culzoni. Editores. Año 2001.

exigencias sociales, lo cual se traduce en la asunción de todos los grados de culpa (levísima en el campo contractual y de acuerdo a los estándares generales predominantes en la sociedad en el campo extracontractual).

B. Descomposición de la “culpa profesional”

La culpa profesional ha sido definida diciendo que es “aquella en que incurre una persona que ejerce una profesión, al faltar a los deberes especiales que ella impone; se trata de una infracción típica, concerniente a ciertos deberes propios de esa determinada actividad”.⁵ De esta definición se desprende que **el profesional está sujeto a responsabilidad por culpa “común” –en lo que concierne a algunos de sus comportamientos– y a “culpa profesional” –en lo que concierne a los conocimientos, habilidades y destrezas propios de su especialidad.** La responsabilidad profesional, por lo tanto, es compleja, porque la conducta de que nace no está calificada por un único padrón, lo cual queda de manifiesto si se tiene en consideración el carácter especializado de sus servicios. Ambos tipos de culpa –común y profesional– integran el deber de diligencia y cuidado que se le impone, pero, como se demostrará, en diversas áreas de su actividad.

La **culpa profesional** (de la cual se deduce la diligencia y el cuidado con que debe actuarse) se descompone en tres rubros diferentes:

a. Negligencia. Se describe como una conducta omisiva, violatoria del comportamiento solícito, atento, sagaz, al cual falta el deber de adoptar las medidas de precaución habitualmente admitidas. Quien actúa negligentemente lo hace con desgano, despectivamente y sin esforzarse por prevenir las consecuencias malignas de sus actos.

b. Imprudencia. Se describe como la ejecución de acciones indebidas, precipitadas o prematuras, falta de cautela o moderación, toma de “opciones arriesgadas” (que aproximan a la víctima al daño). En otros términos, la imprudencia supone sobrepasar las barreras de los riesgos inherentes a toda actividad u obrar sin cuidar los peligros que normalmente encierra cualquier decisión o conducta humana.

c. Impericia. Se describe como la incapacidad técnica y científica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte. Dicho de otra manera, se trata de faltas a la “*lex artis*”.

⁵ Trigo Represas, F. A. *Responsabilidad civil de los profesionales*. N° 1. Serie “Seguros y responsabilidad Civil”. Astrea. Buenos Aires. Tomo I. Pág. 27. Año 1978.

De lo que se señala se infiere que la "culpa" admite, a lo menos, tres categorías descriptivas del comportamiento, diversas y representativas de faltas, todas las cuales se sustentan en conductas con fundamentos también disímiles. Difieren sustancialmente, a nuestro juicio, el obrar con negligencia, con imprudencia o con impericia. Es en esta última categoría en donde hallamos lo típicamente "profesional", lo que determina el "deber de garantía" que asume el Estado, y la razón última del "monopolio" de que gozan quienes poseen un título universitario.

C. Reglas para configurar la responsabilidad profesional

Atendiendo a la naturaleza misma de la actividad profesional y al alcance que hemos asignado a las categorías distintivas de la misma, es posible concluir que la **negligencia** y la **imprudencia** deben juzgarse **subjektivamente**, de acuerdo a los estándares generales predominantes en la sociedad en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, y sobre la base de la graduación de culpa (grave, leve y levisima) en el ámbito de la responsabilidad contractual. Lo anterior, porque el grado de diligencia y cuidado viene impuesto como consecuencia del beneficio o monopolio de que goza el profesional en el desempeño de sus actividades. La negligencia y la imprudencia de un profesional no admite diferencias sustanciales con la diligencia y la imprudencia en que puede incurrir un hombre común, porque ellas escapan al "deber de garantía" que asume el Estado en lo que dice relación con las habilidades y aptitudes profesionales. Dicho de otro modo, lo que certifica el Estado, al autorizar el otorgamiento del título profesional, es la preparación técnico-científica de que está dotada la persona, pero no garantiza que su comportamiento sea diligente y prudente. Respecto de esto último el profesional es una persona común.

Por su parte, la **impericia** es un factor de **responsabilidad objetiva**, ya que toda falta a la "*lex artis*" implica quebrantar la presunción de idoneidad certificada por el Estado, la cual habilita al profesional para desempeñarse en un mercado monopólico. Por ende, para configurar esta responsabilidad sólo se requiere probar la infracción a la "*lex artis*" y la relación de causalidad con el daño producido. Es en este marco en donde puede hablarse con propiedad del "deber de garantía" que el Estado asume al autorizar a una entidad universitaria para otorgar un título profesional. Desde este punto de vista, resulta imposible desvincular al Estado de toda relación con las universidades autorizadas para certificar la idoneidad de los profesionales.

Es indudable que la **atención profesional se compone de muy diversas actividades**, no todas ellas derivadas de la preparación técnico-científica que se atribuye al profesional. Algunas de estas actividades son propias del quehacer de toda persona, como el comportamiento atento, cauteloso, solícito, modera-

do, sagaz, precavido, cuyas faltas configuran la **negligencia**. Otras actividades dicen relación con decisiones oportunas, no precipitadas o riesgosas, cuya falta configura la **imprudencia**. En este marco debe juzgarse al profesional de acuerdo a los rangos generales de la responsabilidad, como un sujeto afecto al mayor grado de diligencia por las razones antes señaladas (monopolio de que goza por mandato legal). Pero siempre en los márgenes de la responsabilidad **subjetiva**. Por lo mismo, no hay responsabilidad cuando se le reprochan al profesional actos negligentes o imprudentes, si no concurre un factor subjetivo de imputación (culpa o dolo).

Pero no sucede lo mismo cuando al profesional se le imputa incapacidad técnica o científica o el desconocimiento de las reglas propias de su ciencia o arte, siempre que éstas integren su formación profesional. En tal caso nos hallamos en el campo de la **responsabilidad objetiva**, porque, cualquiera que sea la posición subjetiva del infractor, éste ha debido conocer y aplicar la "*lex artis*", en razón del título que ostenta y del monopolio de que goza. El factor de imputación en este caso es **objetivo** y se satisface con la sola infracción a la "*lex artis*".

El fundamento de esta premisa radica en el hecho de que existe un título profesional en el cual el Estado (a través de la ley) asegura al entorno social que el profesional domina los conocimientos técnico-científicos que habilitan para el ejercicio de la profesión. De aquí que no interese la posición subjetiva del profesional, porque ello cae en el marco del "deber de garantía" instituido en la ley.

Surge, a este respecto, una pregunta crucial. **¿Puede descomponerse la culpa atendiendo a los deberes que de ella se desprenden?** Podría sostenerse que la culpa es indivisible, por lo cual no es dable medir, sino con un mismo criterio e instrumento (culpa profesional), la diligencia y cuidado que determina la responsabilidad cuando ella deriva de la falta de cualquiera de las exigencias que integran la constitución de esta conducta. Sin embargo, estimamos nosotros que no existe impedimento alguno para delimitar la responsabilidad objetiva que se impone en razón de la "culpa profesional". Es indudable que el título otorgado por el Estado o por instituciones reconocidas por el Estado no alcanza a todos los comportamientos que despliega el profesional en sus tareas. Lo que se asegura a la comunidad, a través de la evaluación, es la idoneidad técnico-científica del profesional, de suerte que sobre esta materia no influyen los factores subjetivos de atribución y la responsabilidad se configura con la sola violación de la "*lex artis*".

Podemos, por lo mismo, sintetizar las razones que permiten descomponer los deberes que se comprenden en la "culpa profesional", en la siguiente forma:

i) la certificación de competencia del Estado está limitada a los conocimientos científico-técnicos que involucran la formación profesional; ii) la actividad de un profesional se despliega en dos planos distintos, tanto en cuanto “persona”, sujeta a todas las exigencias que corresponden, y en tanto “profesional”, esta vez sujeto a los deberes específicos y a las exigencias propias de un quehacer especializado; iii) las aptitudes y habilidades propias de la pericia específica exigida por la profesión no se transmiten a los demás deberes ajenos a lo propiamente profesional; iv) la impericia, por sí sola, importa una infracción a la calidad de los servicios previstos por la respectiva profesión, y v) la seguridad que hacia la sociedad proyecta un título universitario no alcanza a la persona en su integridad, sino sólo al acervo técnico-científico que integra su formación superior.

En consecuencia, si es legítimo distinguir en el contenido de “culpa profesional” las tres categorías antes expuestas (negligencia, imprudencia e impericia), es perfectamente legítimo sostener que puede darse un tratamiento diverso a cada una de estas infracciones. Refuerza nuestra afirmación el hecho de que en algunas leyes se consagren ambos tipos de responsabilidad (subjetiva y objetiva). Así ocurre tratándose del Código Aeronáutico, que contempla varias hipótesis de responsabilidad objetiva en las cuales se limita la cuantía de la reparación, pero pudiendo el afectado optar por la responsabilidad subjetiva y, de este modo, reclamar una indemnización sin limitaciones previas. El artículo 172 de dicho cuerpo legal prescribe que: “En todo caso, el afectado por el daño podrá demandar una indemnización superior a los límites señalados en el código, si probare dolo o culpa del transportador, del explotador o de sus dependientes, cuando éstos actuaren durante el ejercicio de sus funciones.” El ejemplo al que recurrimos no coincide exactamente con el problema planteado, pero, al menos, deja en evidencia que puede convivir en una misma conducta la responsabilidad subjetiva (regla general) con la responsabilidad objetiva (excepción).

En suma, en tanto para el establecimiento de la responsabilidad derivada de la negligencia e imprudencia el profesional está sometido a las reglas generales de la responsabilidad subjetiva (en el entendido de que responde del máximo nivel de diligencia y cuidado), para el establecimiento de la responsabilidad profesional opera un factor objetivo de imputación, lo cual da lugar a casos de responsabilidad objetiva.

Creemos que de esta circunstancia (diversidad de categorías en la culpa) se deriva la mayor parte de los problemas que plantea este tipo de responsabilidad y lo que ha provocado también la mayor parte de las opiniones encontradas y disidencias.

Algunos ejemplos aclararán nuestro pensamiento. Si un abogado llega retrasado a un alegato, dejando a su cliente en la indefensión, no puede estimarse que ha habido una infracción a la "*lex artis*", sino un acto de negligencia que sólo se sancionará si concurre un factor de imputación (dolo o culpa), pudiendo el afectado exonerarse de responsabilidad probando que ha sido víctima de un caso fortuito o fuerza mayor. Lo propio podría decirse de un médico que retrasa una intervención indebidamente, prolongando los malestares y dolores del paciente, pero sin poner en peligro ni la vida ni la integridad física del mismo. Distinta es la situación si el abogado deduce un recurso de casación en el fondo en contra de una sentencia de primera instancia o apela de una sentencia definitiva de segunda instancia, porque ello implica un desconocimiento de la "*lex artis*", materia que el profesional está obligado a dominar. Lo que señalamos es plenamente aplicable a los demás profesionales universitarios. Se ha presentado un caso interesante a propósito de un médico que habría intervenido quirúrgicamente a un paciente en estado de ebriedad, pero desempeñándose con plena habilidad y adecuadamente. Creemos que en este caso sólo puede configurarse la responsabilidad si se dan los presupuestos de la responsabilidad contractual y se acredita dolo o culpa (factor de imputación), y siempre que de lo obrado se siga un perjuicio indemnizable. Los casos podrían multiplicarse. En la jurisprudencia extranjera se ha fallado el caso relativo a un abogado, a quien se reprochó como **conducta imprudente** haber esgrimido sin éxito ante el tribunal una nueva teoría jurídica no sancionada por la doctrina ni por la jurisprudencia. En este supuesto, creemos nosotros que la cuestión debe resolverse sobre la base de la responsabilidad subjetiva, ya que lo obrado no es consecuencia del desconocimiento de la "*lex artis*", sino de una "operación arriesgada" o una alegación "prematura".

Para concluir, digamos que la experiencia revela que no sólo es posible aplicar la ley de la manera propuesta, sino que ello ocurre efectivamente en la realidad jurisprudencial. Los jueces están inclinados a no excusar las infracciones a la "*lex artis*" (la impericia), pero si el obrar negligente o imprudente de un profesional. Tan absurdo nos parece aplicar un marco de responsabilidad objetiva a la conducta no estrictamente profesional, como aplicar el marco de la responsabilidad subjetiva a una conducta que sí corresponden a actividades propias de las tareas de un profesional.

No puede ignorarse el hecho de que existen zonas grises, en las que no es fácil distinguir si se trata de una negligencia o imprudencia común o de una impericia atribuible a la infracción de la *lex artis*. Tampoco puede ignorarse que en ciertas materias es posible que se produzca una superposición entre las distintas categorías de la culpa. Como es lógico, ello deberá ser ponderado y resuelto, en cada caso particular, por el juez, pero siempre dentro del esquema propuesto.

D. Acerca de las llamadas “obligaciones de medio”

La doctrina jurídica, a mi juicio sin base positiva ninguna, ha planteado la existencia de las llamadas “obligaciones de medio” opuestas a unas supuestas “obligaciones de resultado”. Esta distinción fue propuesta por Demogue en Francia, siendo acogida por la jurisprudencia. Creemos nosotros que todas las obligaciones son de medio, puesto que ellas imponen un “deber de conducta” tipificada en la ley. Quien se obliga no asume la realización de un fin determinado (“prestación” en la relación obligacional), sino que se compromete a desplegar una conducta que se describe por las partes en el campo contractual o en la ley que opera en subsidio de la autonomía privada. Lo propio ocurre en el campo de la responsabilidad extracontractual y legal, ya que es la norma la que determina la diligencia y cuidado que se imponen al sujeto pasivo (dañador). Por consiguiente, toda obligación distingue entre el medio y el resultado. El primero es la conducta debida (obligación propiamente tal) y el segundo el proyecto o finalidad que se propone alcanzar (“prestación”). Ahora bien, si no se logra el fin propuesto desplegando la conducta debida, sólo se “presume” que el obligado no ha cumplido, pudiendo este último probar que ha obrado con la diligencia y cuidado a que se comprometió, caso en el cual no existe responsabilidad.

Tratándose de la responsabilidad profesional, la “prestación” se confunde con la “conducta debida”, ya que se estipula que el deudor (obligado) deberá desplegar “sus mejores esfuerzos”, u “obrar con el máximo cuidado” o con “la diligencia media”, etcétera. ¿Quiere ello decir que se trata en este caso de “obligaciones de medio” en oposición a supuestas obligaciones de resultado? La respuesta es negativa. Lo único que observamos es la reafirmación de la verdadera naturaleza del vínculo obligacional, esto es, la imposición de una conducta tipificada en la ley, la cual se determina a partir del grado o nivel de “culpa” (diligencia y cuidado) de que se responde.

Cabe preguntarse, entonces, ¿cuál es la peculiaridad de la obligación que asume el profesional, comprometido a desplegar un cierto grado de diligencia y cuidado? La respuesta nos parece clara. Lo que en este tipo de obligaciones ocurre es una alteración del *onus probandi*, ya que sólo puede estimarse como incumplimiento, provisional y definitivo, no desplegar la conducta debida, lo cual deberá ser acreditado siempre por el pretensor (acreedor). Lo anterior es precisamente lo contrario de lo señalado precedentemente, puesto que en la generalidad de las obligaciones la circunstancia de no alcanzarse la realización de la “prestación” hace presumir el incumplimiento, pudiendo el obligado acreditar que ha obra con la debida diligencia y cuidado.

En consecuencia, si bien es cierto que pueden llamarse “obligaciones de medio” aquellas en que, por la estipulación de las partes, se confunde la “prestación”

con el “deber de conducta”, no aparece en parte alguna la contrapartida, esto es, las obligaciones “de resultado”, ya que todas las demás obligaciones siguen imponiendo un “deber de conducta”, de suerte que el incumplimiento consistirá siempre en “no desplegar la diligencia, cuidado y actividad que corresponde”.

No puede perderse de vista que toda obligación, sea que provenga de un contrato unilateral o bilateral, implica a ambas partes y articula la diligencia y cuidado que debe emplear cada una de ellas: el deudor con el propósito de alcanzar la “prestación” y el acreedor con miras a facilitar y no entorpecer la conducta de su contraparte. Desde esta perspectiva, el vínculo obligacional impone a ambas partes (activa y pasiva) un cierto deber de conducta que se complementa para el fin proyectado (la ejecución de la “prestación”).

La distinción entre “obligaciones de medio” y “obligaciones de resultado”, en consecuencia, no tiene otro alcance que alterar el *onus probandi* o peso de la prueba, trasladándolo, como ocurre en las obligaciones sobre prestaciones profesionales, del deudor al acreedor.

E. De las cláusulas que exoneran o limitan la responsabilidad

Se ha planteado, además, la factibilidad y validez de las llamadas “cláusulas de exoneración o limitativas de la responsabilidad”. No se trata de declaraciones unilaterales formuladas a propósito, por ejemplo, de una actividad riesgosa, sino de estipulaciones libremente aceptadas.

Esta cuestión ha sido largamente debatida por la doctrina, negándose, por lo general, su validez, particularmente cuando ellas versan sobre daños en la persona física o psíquica.

¿Qué ocurre tratándose de la responsabilidad profesional?

Consecuentes con lo señalado en lo precedente y con nuestra proposición de “descomponer” las categorías que integran la “culpa profesional”, creemos que las cláusulas de exención de responsabilidad carecen de todo valor por cuanto ellas desvirtúan la naturaleza misma de la obligación. Desde luego, no podría excusarse el dolo o la culpa grave (puesto que en ello habría objeto ilícito conforme lo previene el artículo 1465 del Código Civil). Tampoco podría exonerarse de responsabilidad por un incumplimiento culpable si, como se ha señalado, es la ley que impone al profesional universitario el deber de comportarse con el máximo de diligencia y cuidado, contrapartida de los beneficios que la misma ley le acuerda. Es esta, a nuestro juicio, una norma imperativa de orden público y no supletoria de la voluntad de las partes. Mucho menos podría exonerarse de responsabilidad en caso de incurrirse en “impericia”, ya

que éste es un factor objetivo de atribución. En suma, no caben las cláusulas de exoneración de responsabilidad tratándose de la actividad profesional.

Diversa es la conclusión tratándose de la atenuación de la culpa. Creemos posible admitir este tipo de cláusulas siempre que ellas se refieran a la "negligencia" o la "imprudencia" y que se limiten a disminuir los grados de culpa de que se responde sin sobrepasar el límite de la culpa grave. Pero ninguna cláusula podría atenuar la "impericia" como componente de la culpa por la razón antes expuesta, esto es, por tratarse de un factor de atribución objetivo consagrado en la ley. No puede preterirse el hecho de que el profesional actúa como tal en el ámbito de la aplicación de la "*lex artis*" que, como se dijo, puede conducir a una "mala praxis", necesariamente imputable a la infracción del deber de conocimiento que se exige a quien ostenta un título profesional.

La cuestión, entonces, está relacionada con la posibilidad de descomponer la culpa profesional de la manera propuesta. Si esto no fuere posible, aquellos que abogamos por estructurar un concepto excepcional de "culpa profesional", estaríamos obligados a forjarlo sobre la base de premisas que terminarían por divorciarla de la culpa general en materia de responsabilidad, tarea para lo cual no existe sustento dogmático ni positivo que permita lograrlo.

Queda, aún, por resolver una larga lista de problemas que aparecen a la luz de lo que constituye la "revolución tecnológica" que estamos viviendo. En todas las actividades profesionales este nuevo aspecto cobra, cada día, mayor importancia, especialmente en el marco de las profesiones de la salud. No cabe duda que en el futuro ello será determinante y exigirá una reflexión jurídica especial. Lo que caracteriza este proceso es la continuidad de los nuevos aportes tecnológicos, lo cual hace prácticamente imposible exigir a los profesionales una adecuada e inmediata actualización. Será ésta una de las fuentes de mayores conflictos en el futuro inmediato.

Hasta aquí el planteamiento de la tesis que sustentamos respecto de la responsabilidad profesional. Una última conclusión nos resulta ineludible. La "responsabilidad profesional", en el día de hoy, reviste características especiales. Difícilmente ella podría asimilarse a los conceptos tradicionalmente admitidos. Por lo mismo, debemos realizar un esfuerzo por renovar esta materia, adaptándola a la realidad social imperante. Nunca es bueno, como lo enseña la experiencia, cifrar esperanzas en reformas legislativas, que no sólo entorpecen la solución de estos conflictos, sino que introducen, con frecuencia, confusión y nuevas dificultades. Es preferible abordar este tema desde la perspectiva de la interpretación, lo cual es posible porque existe, como creemos haberlo demostrado, un margen importante de elementos e instituciones en juego.