Responsabilidad profesional

Pablo Rodríguez Grez
Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Resumen: El presente trabajo plantea la posibilidad de construir una teoría general relativa a la responsabilidad que pesa sobre los profesionales en el ejercicio de sus funciones. Se destaca el hecho de que nuestra legislación regule tanto el reconocimiento oficial de las universidades como de los centros de formación técnica e institutos profesionales, el otorgamiento de títulos profesionales que requieren el grado de licenciado, se establezca un sistema de aseguramiento de la calidad de la educación superior e, incluso, exista un examen nacional de conocimientos. De ello se colige que en Chile el Estado brinda un reconocimiento especial a los profesionales para el desempeño de sus actividades. Paralelamente, los profesionales gozan de un monopolio que les reserva un mercado al cual no pueden acceder sino aquellas personas investidas de un título reconocido por el Estado. En este marco se postula un régimen especial de responsabilidad referido a los profesionales. Particular relevancia se asigna a la descomposición de la culpa de que se responde a propósito del ejercicio profesional, señalándose que la "impericia", en este contexto, debe considerarse un elemento objetivo de responsabilidad, eliminándose, a su respecto, el juicio de reproche fundado en los factores de imputación.

* * *

La responsabilidad profesional será en el futuro inmediato una de las preocupaciones preferentes, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia. Hasta este momento ha sido el área médica la que ha suscitado mayores conflictos de este tipo, rompiéndose una larga tradición que hacía a esta clase de profesionales "intocables", sea por incompetencia de los tribunales o por el poder corporativo de los colegios de la orden. Lamentablemente, en este proceso pueden observarse dos tendencias igualmente dañinas. Primero, la circunstancia de que los abogados hayan preferido la persecución criminal contra los médicos (imputándoles el cuasidelito de homicidio o de lesiones contemplado en los artículos 491 y 492 del Código Penal), lo cual ha permitido ejercer sobre ellos una presión indebida. Segundo, la ausencia de una "teoría general de la

responsabilidad profesional", hecho que ha repercutido en la pobreza de la dogmática y de la jurisprudencia. Todos los problemas relativos a esta materia se resuelven de acuerdo a las normas de derecho común (responsabilidad contractual y extracontractual), sin advertir que la responsabilidad profesional tiene rasgos propios que no deben desconocerse.

Hemos advertido que en nuestro país se está produciendo un cambio silencioso y de enorme importancia, que deriva del aumento exponencial del número de profesionales que se incorpora año a año al proceso productor, como consecuencia del surgimiento de numerosas universidades que absorben aproximadamente el 36% de los egresados de la enseñanza media (hasta 1980 esa cifra era de apenas un 4%). Nadie podría negar el avance que este fenómeno representa, pero nadie, tampoco, puede desconocer que aumentará agresivamente la competencia y, como irremediablemente sucede en todos estos casos, ello implicará una relajación ética en la conducta de los nuevos profesionales. Por lo tanto, resulta indispensable acentuar los controles éticos, estimular la actividad jurisdiccional para sancionar de modo ejemplar estas infracciones, y brindar amparo a quienes sufren sus nefastas consecuencias. De aquí la necesidad imperiosa, creemos nosotros, de formular una teoría coherente sobre la responsabilidad profesional, atendiendo a sus características y especificidades y abrir camino a la innovación jurisdiccional. En este sentido encaminamos nuestros esfuerzos.

No podría faltar en este comentario una alusión directa a los efectos sociales que se siguen del aumento exorbitante de profesionales. Desde antiguo, en cierta medida, estos últimos fueron sustituyendo las elites aristocratizantes. El profesional en Chile facilitó la movilidad social y generó una casta privilegiada, no en virtud de sus ancestros, sino en virtud de su capacidad y méritos. Lo anterior permitirá, a corto plazo, redefinir los roles que en la comunidad desempeñarán quienes intervienen en el proceso productor, generándose un sistema (meritocracia) que, sin duda, enriquecerá a nuestro país. Lo que señalamos obliga a poner especial atención al funcionamiento de las universidades, institutos profesionales y centros de formación técnica, ya que de su solvencia científica y capacidad académica dependerá en gran medida el modelo social de Chile.

I. ¿Qué es un profesional?

A. Definición y requisitos

Se le puede definir como ***"la persona dotada de preparación, conocimientos, habilidades y destrezas, calificadas por la autoridad pública, que la habilitan para desempeñarse en una determinada área del proceso productivo".***

De este concepto debe rescatarse, desde luego, el hecho de que se trata de una persona revestida de aptitudes especiales que sólo pueden adquirirse en determinados establecimientos de enseñanza superior, que dicha aptitud sea constatada (calificada) por la autoridad pública, y que ello sea habilitante para desempeñarse en una determinada área de la actividad económica. No parece posible poner en duda ninguna de estas características, si se atiende a la legislación vigente sobre la materia, cuestión que analizaremos enseguida.

Reconocimiento legal del título profesional y de la universidad

Este reconocimiento implica que el Estado (a través de la ley) **asegura la calidad del profesional y del establecimiento en que se forma**. No está de más recordar que la voluntad del Estado se expresa por medio de las normas jurídicas y, muy especialmente, del mandato constitucional y legal. Por lo mismo, el reconocimiento que el Estado presenta a situaciones de este carácter constituye la máxima garantía que es posible exigir.

Título profesional y grado académico

El artículo 35 de la Ley N° 18.962 (Orgánica Constitucional de Enseñanza), actualmente vigente en este país, dispone, en el artículo 35: *"El **título profesional** es el que se otorga a un egresado de un instituto profesional o de una universidad que ha aprobado un programa de estudios cuyo nivel y contenido le confieren una formación general y científica necesaria para un adecuada desempeño profesional. El **grado de licenciado** es el que se otorga al alumno de una universidad que ha aprobado un programa de estudios que comprenda todos los aspectos esenciales de un área del conocimiento o de una disciplina determinada"*. Como puede constatarse, la ley define en qué consiste y como se alcanza un título profesional. De la misma manera, alude al "grado de licenciado", cuestión fundamental si se considera que la ley dispone qué profesiones exigen la presencia de esta calidad.

Universidades

El Párrafo 3° de la misma ley, titulado **"Del Reconocimiento Oficial de las Universidades"**, fija los requisitos que deben concurrir para la creación de las universidades (actual artículo 48 y siguientes) y las facultades de la autoridad para supervisar todo lo concerniente a esta materia. El artículo 54 dice que: *"Las nuevas universidades se entenderán **reconocidas oficialmente** una vez cumplidos los siguientes requisitos..."*. Por su parte el artículo 55 agrega: *"Una vez certificado el cumplimiento de los requisitos establecidos para la obtención del **reconocimiento oficial**, el Ministerio de Educación dentro del plazo de treinta días contados desde la fecha de recepción de los antecedentes requeridos, deberá dictar el **decreto de reconocimiento**"*. El artículo 56 inciso 3° señala que: *"Los títulos profesionales que requieren haber obtenido el grado de licenciado a que*

se refiere el inciso primero son los siguientes...". Finalmente cabe destacar que los artículos 57 y siguientes aluden al ejercicio de la facultad para cancelar la personalidad jurídica y revocar el reconocimiento oficial de una universidad. Semejante regulación existe también en relación a los "institutos profesionales" y los "centros de formación técnica". Puede comprobarse, entonces, que el Estado interviene no sólo regulando los títulos profesionales, sino, además, la existencia y funcionamiento de las universidades, institutos profesionales y centros de formación técnica.

Aseguramiento de la calidad de la universidad

Cuanto hemos señalado no es todo. El Estado asume la supervisión de la calidad de la enseñanza, lo cual implica una injerencia en la forma en que se imparte la enseñanza y en los resultados que se obtienen en esta delicada tarea.

A la legislación anterior debe agregarse lo que dispone la Ley N° 20.129, de 17 de noviembre de 2007, que **"Establece un sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación superior"**. Este aseguramiento (acreditación) es voluntario, sin embargo, el artículo 27 dispone que: *"Sin perjuicio de lo anterior, las carreras y programas de estudio conducentes a los títulos profesionales de Médico Cirujano, Profesor de Educación Básica, Profesor de Educación Media, Profesor de Educación Diferencial y Educador de Párvulos, deberán someterse obligatoriamente a proceso de acreditación establecido en este párrafo. En el caso de las carreras y programas indicados, la acreditación se aplicará siempre desde el primer año de funcionamiento de la respectiva carrera o programa".* La circunstancia de someter a estas profesiones a una exigencia adicional se justifica plenamente, a nuestro juicio, habida consideración de que ellas tienen una incidencia social determinante en la vida de la población y en la formación cultural de sus habitantes, sin perjuicio de los efectos que se analizarán en las páginas siguientes.

Examen nacional de conocimientos

Por último, la Ley N° 20.261 "crea un examen nacional de conocimientos de medicina, incorpora cargos que indica al sistema de alta dirección pública y modifica la Ley N°19.664". Esta normativa impone, como requisito para ingresar a los cargos y empleos de médico cirujano en los Servicios de Salud creados por el artículo 16 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005; en los establecimientos de carácter experimental creados por el artículo 6° de la ley N°19.650; y en los establecimientos de atención primaria de salud municipal, ***"rendir un examen único nacional de conocimientos de medicina y haber obtenido, a lo menos, una puntuación mínima que a su respecto establezca el reglamento****, sin perjuicio de los demás requisitos que les exijan otras leyes. Las instituciones señaladas sólo podrán contratar, en cualquier calidad jurídica y modalidad, a médicos cirujanos que hayan obtenido, de conformidad a lo*

que establezca el reglamento, la puntuación mínima requerida en dicho examen". Agrega esta ley que el mismo examen se exigirá *"para otorgar las prestaciones de salud a los beneficiados del régimen que regula el Libro II del decreto con fuerza de ley N°1, del Ministerio de Salud, de 2005, en la modalidad de libre elección".*

Como puede apreciarse, existe una abundante normativa destinada a controlar el ejercicio profesional de la medicina, subordinando varios beneficios y oportunidades laborales a la comprobación de la capacidad necesaria para prestar este tipo de servicios. El Estado, por lo tanto, no sólo interviene a través del control de la enseñanza en universidades, institutos profesionales o centros de formación técnica, sino también por medio de exámenes destinados a asegurar la calidad profesional e incentivar su perfeccionamiento.

Conclusión

De lo dicho se infiere, a modo de conclusión, que el profesional obtiene un **reconocimiento** especial por parte del Estado, que lo propio ocurre respecto de la **universidad, instituto profesional o centro de formación técnica**, que existe también un **sistema de aseguramiento de la calidad de la enseñanza profesional** y que los profesionales gozan de un **monopolio o reserva** para el ejercicio de las actividades que son propias de su competencia.

No requiere de mayores justificaciones, creemos nosotros, constatar que los profesionales no actúan en el mismo marco jurídico que las demás personas que intervienen en la vida social, y que ellos (los profesionales) se encuentran adscritos a un régimen jurídico especial en lo tocante a su actividad propia. Por lo mismo, no parece aceptable que en materia de responsabilidad se los asimile al derecho común como si la actividad que desarrollan no tuviera rasgos propios y diferenciadores. Lo que singulariza la actividad profesional es el cumplimiento de la llamada *lex artis*, concepto relativo, que se ha definido como *"el catálogo de principios, prácticas y conocimientos técnicos no escritos que integran el código de conductas derivadas de la experiencia, exigidas a quienes despliegan una conducta profesional que crea riesgo".* Lo predominante es la existencia de un conjunto de disposiciones nacidas, ya sea de la experiencia, la ciencia o la técnica, cuyo cumplimiento determina una conducta profesional eficiente que permite alcanzar el resultado querido por quien reclama la intervención de un profesional. La *lex artis* excluye, entonces, la *mala praxis*, esto es, el ejercicio erróneo o deficiente de la actividad profesional.

Los profesionales universitarios son **una categoría**, pero no la única, ya que puede el profesional provenir de un centro de formación técnica o de un instituto profesional, establecimientos expresamente mencionados en la ley. Entendemos, sin embargo, que la "responsabilidad profesional", de la manera que se enfoca en este trabajo, se refiere sólo a quienes obtienen su título o su

grado en alguno de los establecimientos antes mencionados. Los demás quedan sujetos a la responsabilidad impuesta y regulada en la ley común, salvo que, en casos muy específicos, sean objeto de normas excepcionales.

B. Reconocimiento de la autoridad pública y monopolio en área profesional

De acuerdo a las normas citadas, el Estado **delega** en las universidades, institutos profesionales y centros formación técnica, la función de supervisar la capacitación profesional.

Tratándose de los **abogados** hay que destacar que la Corte Suprema ejerce un control sobre quienes reciben este título profesional (artículos 520 y 523 del Código Orgánico de Tribunales). Lo anterior en concordancia con el artículo 19 N°16 inciso 4° de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas la **libertad de trabajo y su protección** y que reza: *"Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos.* ***La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas".*** De la norma constitucional citada, se desprende que es el legislador el encargado de establecer qué actividades sólo pueden ejercerse por quienes poseen grado o título universitario y cumplen las condiciones mínimas que deben satisfacerse para estos efectos. El mandato constitucional, por ende, es el que permite consagrar un monopolio en favor de ciertas personas (aquellas que cumplen lo ordenado en la ley), todo lo cual se desarrolla en la legislación respectiva.

Las profesiones titulares, por otra parte, se caracterizan por tres aspectos que les son propios y que, en cierta medida, alteran absolutamente el derecho común: poseen **normas sobre deontología** (regulación de los deberes a que está sujeto el profesional); **tribunales éticos**, llamados a juzgar las faltas a las normas morales que rigen la actividad; y, lo que resulta más excepcional, hacen posible que el receptor del servicio profesional **reclame una reparación pecuniaria por la infracción de los deberes éticos propios del ejercicio profesional**, deduciendo la correspondiente pretensión ante los tribunales ordinarios de justicia. En otros términos, tratándose del ejercicio de las llamadas profesiones titulares –como lo demostraremos más adelante–, la infracción de deberes puramente éticos, sirve para fundamentar una acción indemnizatoria y hacerla valer ante la justicia ordinaria. No está de más recordar que cada profesión posee un "código de ética", en el cual se agrupan los deberes que debe cumplir quien detenta un título profesional. Lo que señalamos no es inocuo, si se tiene en consideración que las infracciones a los deberes puramente éticos

no dan lugar a reparaciones indemnizatorias, salvo cuando ellas causan daño patrimonial efectivo. Tratándose del ejercicio profesional, es posible reclamar una indemnización por daño exclusivamente extrapatrimonial (daño moral), fundado en la infracción de un deber ético.

Es innegable, entonces, que nos hallamos ante una actividad jurídicamente reglada, de naturaleza excepcional, respecto de la cual el Estado ejerce una estricta **tuición, no sólo en relación al otorgamiento de los títulos profesionales, sino a las entidades que los confieren y el cumplimiento de los deberes que implica su ejercicio. Lo anterior tiene, además, como contrapartida, la consagración de un monopolio en beneficio del profesional, reservando dichas actividades exclusivamente a quienes detentan el título respectivo.** Este monopolio está resguardado mediante la tipificación del delito de ejercicio ilegal de una profesión (última ratio). En efecto, el artículo 213 del Código Penal prescribe: *"El que se fingiere autoridad, funcionario público o titular de una profesión que, por disposición de la ley, requiera título o el cumplimiento de determinados requisitos, y ejerciere actos propios de dichos cargos o profesiones, será penado con presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales".* El inciso siguiente del mismo artículo agrega: *"El mero fingimiento de estos cargos o profesiones será sancionado como tentativa del delito que establece el inciso anterior".*

En Chile, en consecuencia, la actividad profesional está **reservada** a quienes poseen título otorgado en conformidad a la ley. Más aún, es posible que se aplique al profesional como pena penal accesoria, la inhabilitación perpetua o temporal para el ejercicio de profesiones titulares (artículos 38 y siguientes del Código Penal).

¿Son suficientes estas razones para sostener que la "responsabilidad profesional" se inserta en una normativa y una realidad sustancialmente distinta de la que impera en el derecho común? A nuestro juicio, esto es indiscutible. Las diferencias que se aprecian entre una actividad productiva común y el ejercicio de una profesión titular son sustanciales, como quiera que se visualice este problema. De aquí que nos resulte indispensable proponer un régimen de responsabilidad profesional que recoja las diferencias observadas y se avenga a la naturaleza real de la actividad que despliega un profesional. No puede ignorarse, tampoco, el hecho de que en la vida moderna la actividad profesional invade cada vez mayores espacios. Lo que antes se ejecutaba invocando una experiencia, una enseñanza práctica o una aptitud natural, hoy es objeto de estudios científicos y sistemáticos sin los cuales no es dable ejecutar aquella actividad. Piénsese, por ejemplo, en el periodismo, que hasta hace muy poco era ejercido por aficionados o personas con talentos naturales afines; o en una serie de actividades relacionadas con las actividades sanitarias, como la enfermería, la kinesiología, la nutrición y dietética, la fonoaudiología, etcétera. Puede, por lo tanto, ase-

verarse que cada día la actividad económica, en sus más diversas áreas, se irá profesionalizando en mayor medida y que la proliferación de profesionales hará necesario arbitrar respecto de ellos un régimen especial de responsabilidad en beneficio de la comunidad. Más aún, el prodigioso desarrollo de la tecnología exigirá que se hagan cargo del nuevo instrumental que vaya apareciendo personas altamente especializadas, lo cual redundará en la necesidad de abrir campo a otras profesiones hasta hoy desconocidas. Visualizamos un abismo entre el mundo artesanal y el mundo tecnológico, incluyendo la revisión de valores que se suponían inamovibles y que hoy, sin embargo, están sometidos a un constante cuestionamiento. En otros términos, todo hace suponer que en un futuro no lejano se incrementará la actividad profesional adquiriendo progresivamente mayor importancia.

C. Responsabilidad profesional

Atendidos los antecedentes mencionados –sobre los que volveremos más adelante– nos resulta evidente que la **"responsabilidad profesional"** afecta sólo a quienes detentan título otorgado por una universidad, un instituto profesional o un centro de formación técnica. Existe un sinnúmero de otras actividades que requieren de preparación especial para ejercerse, pero ellas no pueden ser asimiladas a las profesiones indicadas, atendido el hecho de que no existe sobre ellas una regulación jurídica especial de aplicación restrictiva. Lo anterior ocurre, por ejemplo, con chóferes, jinetes de carrera, fontaneros o gasfíteres, electricistas, ebanistas, chef de cocina, etcétera. Estos últimos, en materia de responsabilidad, están sujetos al derecho común y no cabe asimilarlos a un régimen distinto. Cabe sí reconocer que su regulación (derivada generalmente de normas secundarias, como reglamentos internos, decreto de autoridad, disposiciones corporativas, etcétera) suele contener referencias a la eventual responsabilidad que se sigue de la actividad. Pero no pueden confundirse uno y otro régimen. Hasta este momento nuestros tribunales de justicia han asimilado la responsabilidad profesional a las normas de derecho común, cerrando la posibilidad de darle una fisonomía propia, que es lo que corresponde a nuestro juicio.

II. Un régimen especial de responsabilidad de los profesionales

La jurisprudencia ha ignorado la existencia de un régimen especial de responsabilidad respecto de los profesionales, y la doctrina no ha hecho aporte ninguno a este respecto, según se dijo. Ha faltado, por consiguiente, un esfuerzo serio en tal sentido. Contrasta lo que se señala con la doctrina extranjera, en la cual se discute esta materia y se da por descontado que la responsabilidad profesional tiene rasgos propios que hacen necesario un régimen jurídico particular.

Comencemos por recordar que existe una corriente de pensamiento que propicia un **tratamiento severo** en lo que concierne a la responsabilidad profesional. Jorge Mosset Iturraspe sostiene que ello se debe a las siguientes razones:[1]

1. Los profesionales constituyen la **clase dirigente** de la sociedad. Por ende, cabe exigírseles más que al resto de los ciudadanos. Tanto el plano laboral en que se desenvuelven, la retribución que les corresponde y la libertad con que ejercen sus tareas, les confieren privilegios y ventajas que no son comunes a los demás ciudadanos.

2. Brindan **servicios de particular importancia**, aquellos que mayor preocupación provocan en la atención a la comunidad. No hay duda en orden a que las tareas más complejas y que más incidencia tienen en la vida individual y colectiva son aquellas ejecutadas por los profesionales. De aquí que exista todo un estatuto legal que regula dicha actividad desde su génesis hasta su consumación.

3. Los profesionales que poseen un título universitario están habilitados para desarrollar **monopólicamente** ciertas actividades. La ley les reserva un campo determinado del proceso productor al cual sólo pueden acceder ciertas y limitadas personas. Todavía más, quienes vulneran esta reserva incurren en delito penal (ejercicio ilegal de profesión titular).

4. Los profesionales deben poner **mayor cuidado y atención** cuando actúan en el campo de su especialidad, atendida la preparación especial de que están dotados. Habida consideración del campo en que se desenvuelven, las obligaciones que la sociedad les confía exigen de ellos un esfuerzo riguroso, coherente con el tratamiento de que son objeto.

5. Deben los profesionales actuar al **filo de la ejemplaridad**. Ello implica, en cierta medida, que son referentes obligados de otras actividades, a las cuales la comunidad, a través de su sistema jurídico, asigna especial importancia. Todo lo concerniente a las tareas profesionales conforma una de las bases esenciales del buen funcionamiento de la sociedad.

6. Los profesionales están **protegidos en su retribución** por diversos medios (honorarios). Desde luego, los colegios profesionales o asociaciones gremiales cuentan con normas arancelarias que permiten fijar la remuneración que corresponde, atendiendo a la complejidad, naturaleza, dificultades y originalidad del problema que se procura resolver. De la misma manera, existen procedimientos especiales para facilitar el cobro de dichos estipendios.

---

[1] Jorge Mosset Iturraspe. *Responsabilidad por Daños*. Tomo VIII. "Responsabilidad de los profesionales". Pág. 34.

7. Los profesionales suscitan la **confianza natural de la gente**, precisamente porque están investidos de conocimientos especializados. Lo que se indica reviste una enorme importancia a la hora de contratarse un servicio profesional o de fijarse la remuneración, ya que se produce una cierta sumisión o ciega aceptación respecto de lo que resuelve u opina un profesional, en particular enfrentado a una crisis o un problema agobiante para el receptor del servicio.

8. El profesional, por lo general, tiene **libertad de aceptar o rechazar** la demanda de sus servicios o del encargo que se le quiera encomendar. Esta facultad no es menor. Debe considerarse que ella permite al proveedor del servicio autocalificar su capacidad y resolver, en definitiva, sobre la base de su propia competencia. En otros términos, el profesional juzga, por sí mismo, si sus conocimientos y aptitudes son idóneos para enfrentar los requerimientos de que es objeto. Agréguese a lo señalado el hecho de que es frecuente, ante problemas que sobrepasan la aptitud de un profesional o que tienen facetas especialmente complejas, llamar a "interconsulta" a otros especialistas, a fin de definir de qué manera debe procurarse una solución.

Todas estas razones confluyen para propiciar un tratamiento severo y riguroso para con los profesionales, en razón, principalmente, de los beneficios de que gozan, la importancia de los servicios que prestan y la preparación de que son objeto.

Otra corriente, siguiendo al mismo autor, afirma que debe **juzgárseles con benevolencia o condescendencia**, aduciendo las siguientes razones:

1. La ciencia que manejan los profesionales –en especial las "**ciencias blandas**" de médicos y abogados– no es una "**ciencia exacta**". De lo que se deduce un menor rigor en el juicio o apreciación que ellos emiten. Ante los antecedentes conocidos de una situación determinada, pueden presentarse numerosas posibilidades (dificultades de un diagnóstico preciso e inequívoco), todas las cuales tienen asidero y verosimilitud. Por lo mismo, un juzgamiento severo prescinde de esta circunstancia que relativiza considerablemente las hipótesis que maneja el profesional.

2. La "**dificultad y el área de actividad ejercida**" fuerza a esta benevolencia. El profesional se encuentra ante problemas complejos que requieren análisis profundos y una difícil calificación. No hay duda que los problemas que mayores dificultades ofrecen son aquellos encomendados a los profesionales y propios del ámbito de una ciencia o arte específica. Precisamente por ello, se han instituido las profesiones titulares y se ha habilitado para su ejercicio sólo a aquellos capaces de superar todo un largo proceso de aprendizaje.

3. Los profesionales son **libres en la elección de los medios** o caminos para llevar adelante el quehacer encomendado. Esta sola circunstancia da pábulo para brindarles un tratamiento más benigno, ya que la selección de los medios cae en la órbita de sus facultades más elementales y obedece al criterio con que se enfoca el servicio que se otorga.

4. El fracaso del profesional, la mayor parte de las veces, proviene de **fallas personales del cliente**, como su estado anterior de salud, las llamadas causas subyacentes (propensión o predisposición), la mala o incompleta información proporcionada al profesional, la escasa colaboración con su trabajo, etcétera. Son numerosísimos los casos en que la *mala praxis* deriva de errores atribuibles a quien demanda el servicio. El receptor del mismo no puede desentenderse de las limitaciones que naturalmente afectan al profesional y está obligado a prestarle una colaboración activa.

5. La natural **incertidumbre del resultado**, al cual concurre una serie de concausas imposible de neutralizar en su totalidad, colocan al profesional en una situación en extremo desmedrada, ya que será generalmente incierto el objetivo que se pretende alcanzar.

6. La **carga de la prueba** recae en las espaldas del consumidor del servicio ("obligaciones de medio"), quien es el llamado a acreditar que el profesional ha obrado sin la diligencia y el cuidado que corresponden. Este solo hecho revela un reconocimiento, al menos tácito, de que existen impedimentos insuperables que hacen imposible vincular la función profesional a un necesario resultado (lo señalado no importa el reconocimiento de que existan "obligaciones de resultado", materia a la que nos abocaremos más adelante).

Como puede observarse, ambas posiciones (dar a los profesionales un trato severo o, a la inversa, un trato benevolente) se sustentan en justificaciones atendibles, no existiendo posibilidad ninguna de conciliarlas, ya que mientras unos exigen rigor, otros, a la inversa, exigen tolerancia. A este respecto, cabe observar que el trato que se brinda a los profesionales debe definirse atendiendo a las características del "mercado", ya que no es lo mismo un ámbito reducido, en el que interviene un escaso número de profesionales, que un mercado a veces sobresaturado de oferentes de dichos servicios. Creemos nosotros que en este segundo escenario, por obra de un aumento exponencial de profesionales, tienden a relajarse los deberes éticos, crecen las infracciones de todo orden y, por cierto, cobra una importancia esencial todo lo relativo a la responsabilidad profesional. Es esta la realidad que hoy se visualiza en Chile, gracias a la actividad de las universidades públicas y privadas, todas ellas interesadas en aumentar la cobertura de su masa estudiantil.

Sin perjuicio de lo anterior, subsiste, sin embargo, la pregunta formulada sobre si en nuestra legislación puede invocarse un régimen especial sobre la responsabilidad profesional (no un estatuto jurídico, porque evidentemente éste no se encuentra contemplado como tal). **Nosotros creemos que ello es evidente y que dicho régimen se halla patente en la legislación, siendo, por lo mismo, susceptible de precisarse con cierto rigor, a partir de una serie de leyes que, sin hallarse bien integradas orgánicamente, dan cuenta de un tratamiento especial.**

En efecto, para alcanzar esta conclusión debe atenderse a las siguientes razones, todas las cuales han sido comentadas en detalle en lo que antecede:

1. Las profesiones universitarias, y también aquellas impartidas por institutos profesionales y centros de formación técnica, están **reguladas en la ley**. Esta última (la ley) no sólo imponen los requisitos que deben concurrir para el otorgamiento del título o del grado académico necesario, sino que también establece las exigencias a que se halla sujeto un plantel de estudios superiores para ser **oficialmente reconocido**, los medios de control que sobre ellos ejerce la autoridad pública, y el **aseguramiento de la calidad profesional**. Se trata, por lo mismo, de una actividad estrictamente regulada en la ley y la ley es una manifestación superior de la voluntad del Estado. Lo que se señala es excepcional. Ninguna actividad productiva se halla tan rigurosamente reglamentada ni cuenta con el aval del Estado en lo que dice relación con las aptitudes que se exigen a los sujetos que la ejercen, incluso con los establecimientos en que se forman.

2. Los servicios que proporcionan este tipo de profesionales están **reservados exclusivamente a ellos** (monopolio de la actividad), circunstancia que beneficia tanto al receptor como al proveedor de dichas prestaciones. Al primero (receptor), asegurándole la calidad del servicio, y al segundo (proveedor), reservándole un campo de competencia limitada. En consecuencia, estamos en presencia de un mercado restringido a la actuación de determinadas personas y en las cuales no cabe participación a ninguna otra, a riesgo de hacerse reo del delito de ejercicio ilegal de una profesión titular. Lo anterior es consecuencia de un hecho fundamental: se estima que el interés público exige que sólo puedan desempeñarse en ciertas áreas del quehacer productivo ciertas personas que, por sus conocimientos, preparación y dominio de una materia, garantizan un servicio adecuado y seguro. El monopolio de que gozan los profesionales, por lo tanto, se funda en el interés de la comunidad y de cada uno de sus integrantes.

3. La **certificación de idoneidad** (preparación, conocimientos, habilidades y destrezas) **del profesional proviene del Estado** y se expresa a través de los organismos y mecanismo consagrados en la ley. Como se señaló, el Estado **delega** en los establecimientos competentes la formación de los profesionales,

facultándolos para otorgar títulos, previo control y supervisión de su funcionamiento. Las tareas propias del profesional, por mandato expreso de la ley, son indelegables y no pueden ejercerse sino por él, en razón de la naturaleza del servicio y de la competencia que se le atribuye.

4. El profesional, como se dijo, está facultado para **aceptar o rechazar el encargo o servicio** para el cual es requerido, lo que conlleva la posibilidad de que mida su capacidad ante la situación que deberá enfrentar. En otros términos, el profesional se evalúa a sí mismo al aceptar el requerimiento de quien demanda sus servicios. Existen, es cierto, casos excepcionales en los cuales el profesional está obligado a prestar el servicio por imposición de la ley o el bien común (médicos y odontólogos en servicios o postas de urgencia, abogados de turno, etcétera). Pero esta excepción no altera la regla general. Esta característica explica que, cada día con más frecuencia, los profesionales "deriven" a sus clientes a especialistas, precisamente cuando la materia excede su capacidad.

5. Finalmente, el profesional **escoge libremente los medios** de que se vale para la prestación del servicio y es soberano en lo relativo a sus decisiones y conclusiones técnicas. Este aspecto se ve magnificado por el hecho de que en la relación profesional-cliente exista un desequilibrio insuperable que, como se analizó en lo precedente, obliga brindar protección al último (el cliente), la parte más débil y vulnerable de dicha relación.

Este conjunto de circunstancias tan excepcionales nos induce a afirmar que no puede un profesional ser tratado de la misma manera que una persona común y corriente en lo que concierne al incumplimiento de sus deberes y obligaciones específicas. La **naturaleza de la obligación**, por una parte, y la **calidad de quien está llamado a prestar el servicio**, por la otra, revelan que debe adoptarse un "régimen de responsabilidad" especial, que se ajuste mejor a este tipo de relación jurídica. No se trata de ser más o menos severo, o más o menos condescendiente con el profesional. Tampoco de propiciar un estatuto jurídico que, lamentablemente, nunca se ha dictado. Se trata, interpretando la ley, de establecer un "régimen de responsabilidad profesional" que responda a las características antes mencionadas. De aquí nuestra convicción en el sentido que existe un régimen especial de responsabilidad propio de los profesionales, el cual no es más que el resultado de una recta interpretación sistemática y finalista de las normas jurídicas relacionadas con esta actividad. Si, como se ha demostrado, las profesiones titulares tienen un campo que les es propio, agentes que excluyen la participación de otros actores, un estatuto especial respecto de la manera en que deben prestarse los servicios, disposiciones legales especiales que refuerzan el monopolio de que goza el profesional, etcétera: resulta evidente que ello debe ir acompañado de un régimen de responsabilidad que se avenga a esta realidad excepcional.

III. ¿Es dable sostener que las obligaciones que pesan sobre los profesionales son obligaciones "de medio" y no "obligaciones de resultado"?

Nosotros estimamos que la distinción de obligaciones "de medio" y "obligaciones de resultado" es una **falacia**. Como se sabe, esta clasificación tuvo su origen en la **jurisprudencia francesa** a instancia de Demougue. Ni en el derecho francés ni en el derecho chileno puede sostenerse esta clasificación desde una perspectiva dogmática. A juicio nuestro, son numerosas las razones para rechazarla.

1. El derecho describe **conducta humana** y toda norma regula, precisamente, este tipo de comportamiento. La relación jurídica genera un vínculo entre dos o más partes, con ocasión de la ocurrencia de una hipótesis relacional, vínculo que se resuelve confiriendo a una parte una facultad (derecho subjetivo) e imponiendo a la otra una obligación.

2. La obligación consiste en un "**deber de conducta**", debidamente tipificado (descrito) en la norma. El sujeto que asume una obligación se compromete a comportarse de una determinada forma, a desplegar una cierta conducta. Por consiguiente, se incurre en responsabilidad cuando no se despliega la "**conducta debida**". Toda obligación lleva unido, como la sombra al cuerpo, un cierto grado de diligencia de que responde el obligado. La diligencia y cuidado debidos se miden en función del grado de culpa de que responde el deudor, sea que se trate de la responsabilidad contractual o extracontractual.

3. La obligación se contrae sobre la base de un "**proyecto o programa conductual**" (prestación). **La "conducta debida" se proyecta sobre la base de alcanzar un resultado o lograr un cierto objetivo** (dar, hacer o no hacer algo). La obligación gira en torno a un eje central, que se denomina "**prestación**", la cual describe el fin que se pretende alcanzar con la conducta que ambas partes se comprometen a desplegar. **La conducta debida se describe atendiendo al objetivo proyectado y querido por las partes.**

4. La obligación, como conducta debida, se proyecta sobre la base de la "**prestación**". Al contraerse (la obligación) puede ponerse **mayor acento en la descripción del fin propuesto** o, bien, en el **nivel de diligencia que debe emplearse** para alcanzarlo, pero no por ello la obligación se altera o cambia su naturaleza. No hay una fórmula sacramental para describir la "prestación". Pero no puede existir una obligación sin prestación, como tampoco una obligación sin especificarse el nivel de diligencia que debe emplearse en su cumplimiento.

5. No existe ningún caso en que la "prestación" (resultado o fin) **deba alcanzarse inexorablemente** y bajo todo supuesto. Así, por ejemplo, si una persona

asume todo caso fortuito y se obliga a responder de todo tipo de culpa, **no puede, sin embargo, hacerse cargo del dolo o culpa grave del acreedor**, para el caso que éste obstruya el cumplimiento de la obligación (hay objeto ilícito en la condonación del dolo futuro y la culpa grave equivale al dolo conforme a los artículos 1465 y 44 del Código Civil).

6. Si el deudor se obliga a realizar el máximo esfuerzo para el cumplimiento de una obligación, ello estará siempre referido al proyecto descrito ("prestación"). Los elementos esenciales de la obligación son, por ende, el "**deber de conducta**" asumido y la "**prestación**" descrita en la fuente de la obligación. En consecuencia, **la obligación apunta al objetivo o fin que se pretende alcanzar**. La **diligencia es el medio** en tanto la **prestación es el fin**. Sostener que existen las "obligaciones de resultado" importa subsumir el "deber de conducta" en la "prestación", **eliminando uno de sus elementos esenciales**, esto es, el medio (diligencia y cuidado que debe emplear el deudor).

7. **Toda obligación establece un determinado nivel de diligencia y cuidado**. Son las partes del contrato las llamadas a fijar el grado de culpa de que responde el deudor y, en el evento de que ello no ocurra, el artículo 1547 del Código Civil se encarga de definir de qué grado de culpa responde el deudor. **De esta forma, toda obligación lleva aparejada la diligencia y cuidado que debe emplear el deudor**. Creemos nosotros que toda obligación implica un **deber recíproco de diligencia y cuidado**. El acreedor no puede obstruir el cumplimiento de la obligación y, a la inversa, debe facilitar, en lo que le corresponda, la actividad del deudor encaminada a desplegar el deber de conducta debido. Por ende, creemos que **de la culpa de que responde el deudor debe deducirse la culpa de que responde el acreedor**, en sentido inverso. Si el deudor responde de culpa levísima, el acreedor responde de culpa grave (puesto que el deudor debe desplegar el máximo de diligencia para despejar los obstáculos que pueda presentar el comportamiento del acreedor). Si ambos responden de culpa leve, la conducta de las partes debe ser equivalente en lo que dice relación con la diligencia y cuidado que cada cual debe desplegar. Si el deudor responde de culpa grave, el acreedor responderá de culpa levísima (porque el deudor no estará obligado a despejar los obstáculos que genere la conducta del acreedor sino empleando el cuidado y diligencia que aun las personas negligentes y de poca prudencia emplean en sus negocios propios). En consecuencia, el contrato, frente a este concepto de la obligación, puede definirse como una "**convención destinada a crear derechos y obligaciones en el marco de una correlación de deberes (obligaciones) recíprocamente condicionados**". De lo dicho se sigue que el deudor cumple la obligación cuando despliega la conducta debida en función del objeto proyectado (prestación), pudiendo lograrse o no lograrse el fin propuesto (prestación).

8. **El rol que corresponde a la prestación es doble**. Por una parte representa el **proyecto que se procura alcanzar** y, por la otra, sirve para medir **provisional y presuntivamente** si la conducta debida se desplegó. Si la prestación se alcanzó, no hay problema y la obligación se entiende cumplida. Si la prestación no se alcanzó, se presume (presunción simplemente legal) que la obligación se incumplió. Pero, en este último caso, **el deudor puede probar que ha empleado la diligencia y el cuidado debidos** y con ello se exonera de responsabilidad. Lo único que no se puede hacer es obligarse a alcanzar un resultado independientemente del nivel de culpa de que se responde o exonerar de responsabilidad al acreedor si obstruye o impide el cumplimiento de la obligación en cuanto ello implique condonar el dolo futuro o la culpa grave (artículo 1465 del Código Civil).

9. No hay en Chile disposición alguna que permita diseñar una obligación "de resultado". Pero nada impide que **las partes inviertan el "peso de la prueba"** y, en lugar de presumirse la culpa del deudor cuando no se alcanza la prestación, deba ser el acreedor el llamado a probar que el deudor no ha desplegado la conducta debida (el inciso final del artículo 1547 del Código Civil autoriza expresamente un pacto en tal sentido). Esto ocurre cuando al pactarse la obligación **se pone acento en la diligencia** que debe emplear el deudor, **más que en el fin que se procura alcanzar**. En los servicios profesionales ello es frecuente. El médico, el abogado, el ingeniero comercial se obligan a emplear el máximo de cuidado para sanar a un enfermo, para ganar un juicio o para hacer rentable una empresa. **Pero no puede seguirse de ello que se confunda el fin (prestación) con el medio (conducta debida)**. De aquí se ha desprendido que en ciertas obligaciones (como sucede con las asumidas por los profesionales en su campo de actividad) es el acreedor quien debe probar que el deudor ha incurrido en falta del cuidado y la diligencia debidos.

10. En suma, siempre podrá el deudor acreditar que ha desplegado la conducta debida y con ello se exonerará de responsabilidad. Incluso en los casos en que haya renunciado al caso fortuito o fuerza mayor, podrá alegarse que el dolo o culpa grave del acreedor ha impedido el cumplimiento de la obligación.

En consecuencia, **rechazamos** de plano que pueda sostenerse que el profesional está sujeto a una obligación "sui géneris", de estructura diversa de la obligación en general. En toda obligación asumida por un profesional existe un fin (prestación proyectada) y un medio (diligencia y cuidado comprometidos). Sólo se incumple la obligación cuando no se ejecuta el deber de conducta asumido, independientemente de si se logra ejecutar la prestación. La obligación del profesional, como toda obligación, es de medio, pero atendido el objeto de la prestación, **provoca una alteración del *onus probandi***, de modo que no se aplica la presunción consagrada en el artículo 1547 del Código Civil.

Nadie podría negar, creemos nosotros, que cuando se contrata un tratamiento médico es para resolver un problema de salud del cliente, o cuando se recurre a un abogado para la defensa de un juicio es para tener éxito y obtener lo que aquél reclama, o cuando se contrata a un asesor financiero es para lograr mejorar el rendimiento de una empresa. Toda la actividad del profesional se desenvuelve, entonces, sobre la base de la "prestación" como proyecto y finalidad perseguida. La conducta debida –obligación– tiene un fin y un medio. Como se dijo con antelación, el fin es la "prestación" y el medio la actividad que compromete el deudor al asumir esta condición. No cabe, en consecuencia, hablar de "obligaciones de medio" en oposición a "obligaciones de resultado".

A nuestra manera de ver las cosas, los conocimientos, habilidades, destrezas y aptitudes profesionales, por el hecho de estar **certificados por el Estado** (en los casos especiales en que ello ocurre), **se presume que han sido debidamente empleados**. Este es el hecho que justifica la inversión de la prueba y lo que justifica que deba ser el receptor del servicio profesional quien esté obligado a probar la culpa del profesional. Este efecto no es menor, si se considera que uno de los problemas más difíciles de resolver en la configuración de la responsabilidad en general y de la responsabilidad profesional en particular, es la concurrencia del factor de imputación, sin el cual no puede imponerse el deber de indemnizar, salvo que se trate de un caso de responsabilidad objetiva. Por lo tanto, el receptor del servicio, desde esta perspectiva, recibe un apoyo sustancial de la ley en resguardo de sus intereses.

IV. Aspectos especiales propios de la responsabilidad profesional

Hemos sostenido que, si bien no existe un **estatuto jurídico** especial que regule la responsabilidad profesional, sí existe un **régimen** sólo aplicable a esta clase de servicios, habida consideración de una serie de aspectos que les son propios. De aquí que, en principio, para juzgar la responsabilidad profesional deben operar las normas de derecho común que reglamentan la responsabilidad **contractual** y la responsabilidad **extracontractual**, sin perjuicio de las especificidades que se irán destacando a medida que se analicen en detalle las particulares que ofrece este tipo de responsabilidad. En otros términos, si bien es procedente aplicar el derecho común, éste debe entenderse modificado y/o complementado en todo aquello que es propio de la responsabilidad profesional. Nuestra jurisprudencia, como se dijo al iniciar este trabajo, se ha limitado, en lo relativo al ejercicio profesional, a aplicar las normas de ambos tipos de responsabilidad (contractual y extracontractual), sin atender a las diferencias que observamos. Por otro lado, ha sostenido, equivocadamente a nuestro juicio, que las obligaciones profesionales son "de medio", *justificando* con ello la inversión del peso de la prueba, pero, paralelamente, desvirtuando

la estructura de la obligación como se explicó en las páginas anteriores. Si algo caracteriza a la jurisprudencia es la diversidad de las indemnizaciones que se ha ordenado pagar, lo cual, hasta este momento, no ha sido objeto de sistematización de ninguna especie.

A. Responsabilidad contractual

Si entre el proveedor del servicio profesional y el receptor del mismo media un contrato, éste tiene caracteres especiales que no pueden dejar de destacarse.

a. Hay un **desequilibrio negocial** entre las partes en lo que concierne al nivel de información, conocimientos y dominio de la materia sobre la cual versa el contrato. De más está decir que, en ciertos casos, este desequilibrio es de tal magnitud que el receptor del servicio desempeña un papel absolutamente pasivo, sin posibilidad alguna de negociar o alterar las condiciones que se le proponen. Piénsese en el paciente enfrentado a un examen médico complejo, en una persona que contrata a un abogado para deducir un recurso judicial extraordinario, en un auditor contable encargado de analizar estados financieros de grupos empresariales, en informes de ingenieros de minas o geólogos de alta especialización, etcétera. Sin duda la contratación se desarrolla en un campo desigual y el contrato, por lo general, será impuesto por una de las partes. Lo anterior se ve magnificado en los contratos por adhesión o de contenido predispuesto. En suma, no existe libre discusión de las condiciones en que se contrata, sino más bien una imposición por parte de quien detenta mayor poder de información. No pueden descartarse, tampoco, situaciones extremas, en las cuales quien requiere el servicio profesional está absolutamente desprotegido por la naturaleza misma de los hechos. En tales casos, la contratación no sólo resulta sospechosa, sino fruto de estas circunstancias. Creemos que, atendida la gravedad de este tipo de contratación, el legislador debiera intervenir y establecer los mecanismos para restablecer un equilibrio mínimo en función de los intereses que asisten al receptor del servicio. Recordemos que de acuerdo a la legislación vigente un contrato celebrado en estas condiciones podría ser atacado por error o dolo (nunca por el vicio de fuerza), lo cual ciertamente resulta extremadamente difícil de acreditar.

b. El receptor de los servicios **desconoce los medios** que se utilizarán para alcanzar la "prestación", materia que queda totalmente entregada al profesional. Cada día este tipo de actividades es más sofisticado, en especial en aquellas áreas de las ciencias duras, particularmente influidas por la tecnología. Por lo mismo, el cliente no tiene posibilidad ninguna de examinar la idoneidad, procedencia y pertinencia del medio empleado, ni los peligros que puede representar, ni mucho menos sus eventuales resultados. De allí que esta contratación esté condicionada por un nivel sensible de confianza, que es, casi siempre, la

medida y razón del consentimiento. No puede dejar de mencionarse el hecho de que en la mayor parte de establecimientos sanitarios, tanto nacionales como extranjeros, se requiere hoy de una autorización expresa del cliente para practicar ciertos tratamientos o intervenciones. Con todo, esta autorización se concede sobre la base de la información y los antecedentes que proporciona el profesional. Como puede comprobarse, el margen que permite al receptor del servicio calificar la urgencia, gravedad, peligro y proyección del tratamiento es escaso, si no nulo.

c. Lo señalado confluye para dotar al proveedor de los servicios profesionales de una **influencia moral** determinante sobre su contraparte, derivada de la superioridad en que se encuentra y del reconocimiento que le presta el Estado a la calidad y profundidad de sus conocimientos y habilidades.

Ante esta realidad deberían operar, a nuestro juicio, los siguientes efectos jurídicos:

a. En la **interpretación del contrato** debe aplicarse el artículo 1566 inciso 2° del Código Civil, según el cual *"las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ello"*. Este principio se hace extensivo al contrato celebrado con el profesional en virtud de las razones antes expuestas (desequilibrio negocial, desconocimiento de los medios e influencia moral del proveedor de los servicios).

b. Si el contrato es por **adhesión** (lo que ocurre frecuentemente) o con **cláusulas predispuestas, o condiciones generales de contratación**, debe interpretarse contra aquel que dictó las disposiciones contractuales. Este principio está reconocido expresamente en la Ley sobre Protección de los Derechos del Consumidor (N° 19.496).

c. El **"deber de información"**, propio de la **fase precontractual** o de preparación (tratativas preeliminares), debe evaluarse especialmente. De este deber se sigue el alcance y sentido que tienen el contrato y su contenido. Impera en esta materia un **"principio de confianza"** que exige lealtad, honestidad y veracidad por parte de quien dicta las condiciones y domina los aspectos especializados de la relación contractual.

d. Especial aplicación tiene en este tipo de relaciones la **"buena fe contractual"** (generalmente estos servicios se prestan fuera de contratación, dando lugar a lo que los autores llaman "relaciones necesarias", "relaciones cuasicontractuales" o "relaciones forzosas").

d.1. Mosset Iturraspe sostiene que la buena fe actúa como "**interpretación integradora**" en cuanto "colma lagunas de la voluntad de los contratantes sobre la base de la inferencia de lo que presumiblemente hubiera sido esa voluntad si hubiera sido declarada y, además, introduce efectos contractuales no previstos por las partes"[2].

d.2. La buena fe se clasifica en **objetiva**: "comportamiento negocial honesto, probo, leal" ("buena fe-lealtad); y buena fe **subjetiva**: "respeto a la apariencia o creencia de una situación o relación jurídica" ("se caracteriza por la legitimación o el saneamiento de derecho, apunta a un estado de conciencia").

d.3. En Chile el **artículo 1546 del Código Civil** dispone que la buena fe es un elemento de integración contractual y el artículo 24 de interpretación formal.[3] El primero incorpora al contrato todo aquello que "emana precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley o la costumbre pertenecen a ella". Lo indicado implica integrar al contrato una serie de elementos que, incluso, como sucede con la costumbre, van evolucionando a medida que la comunidad se va desarrollando. El segundo constituye un recurso de clausura para desentrañar el verdadero sentido y alcance de la norma jurídica que se quiere aplicar. Si el intérprete no puede establecer el sentido de la norma jurídica recurriendo a su estructura literal, ni a su intención o espíritu, ni a su historia fidedigna, ni a las relaciones que existen entre sus diversas partes o respecto de otras normas, especialmente si tratan sobre la misma materia, debe recurrirse a la equidad natural (la cual está fundada en un sentido intuitivo de justicia que es expresión genuina de la buena fe).

d.4. Para Andreas von Thur la buena fe *"es la creencia que, por efecto de un error excusable, tiene la persona de que su conducta no peca contra derecho"* (justificación del error). Para nosotros es *"la convicción, real o presunta, de que se obra conforme a derecho"*. Definición que desprendemos del **artículo 706 del Código Civil**. Quien obra de buena fe abriga la certeza de que no infringe el derecho, en razón de circunstancias externas que conducen razonablemente a esa conclusión. De aquí que el mencionado artículo 706 inciso 3° contenga un principio general al señalar: *"Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe"*.

d.5. La buena fe, entonces, desde una perspectiva subjetiva, puede calificarse como justificativa del error (artículo 706 del Código Civil) y desde una perspectiva objetiva impone al sujeto el deber de comportarse como lo haría quien obra conforme a derecho (1546 del Código Civil).

[2] Jorge Mosset Iturraspe. Obra citada. Pág. 99.
[3] Jorge Mosset Iturraspe. Obra citada. Pág. 113.

e. **Inversión de la prueba**. En el contrato sobre servicios profesionales –como en todo contrato– se procura alcanzar una "prestación" (un resultado), pero **se pone énfasis en el medio** (obrar diligente y cuidadoso para conseguirlo). **Como las partes de la convención destacan el medio (conducta) y no el fin (resultado), se ha entendido que no opera la presunción del artículo 1547 del Código Civil** (según la cual si no se alcanza a ejecutar la prestación, se presume el incumplimiento, esto es, que no se ha desplegado la conducta debida). Además, concurre el hecho de que la ley, al recocer la idoneidad profesional, **hace presumir que el profesional ha dado cumplimiento a la "*lex artis*" y no ha incurrido en una *mala praxis***. Más claro, al celebrarse el contrato las partes aluden con énfasis a la conducta que debe desplegar el deudor (la máxima diligencia, los mejores esfuerzos, el mayor cuidado, etcétera), pero, ciertamente, todo ello en función de alcanzar un resultado (sanar a un paciente, ganar un juicio, mejorar las perspectivas económicas de una empresa). Por lo tanto, en la obligación asumida por un profesional, la inversión del peso de la prueba **no altera la estructura esencial de la obligación**, la cual sigue siendo un "**deber de conducta típica**" que se despliega para lograr un cierto resultado. Pero sí que se altera el **onus probandi**, debiendo el acreedor (receptor del servicio), probar la falta de diligencia y cuidado cuando la prestación no se logra.

En síntesis, el contrato sobre servicios profesionales debe **interpretarse** a favor del cliente, tanto más en el contrato por adhesión o de cláusulas predispuestas o condiciones generales de contratación; el **deber de información** en la etapa de tratativas preeliminares, que pesa sobre el profesional, es más exigente; debe considerarse la "**buena fe**" en sus dos aspectos, tanto subjetiva como objetiva, vale decir, como justificativa del error y como elemento de integración contractual; y debe admitirse que opera una **inversión del peso la prueba**, debiendo el acreedor (receptor del servicio) acreditar que el profesional no ha empleado la debida diligencia y cuidado en el supuesto de no alcanzarse la "prestación". Todo lo anterior sin perjuicio de lo que se dirá a propósito de la **culpa profesional**.

B. Responsabilidad extracontractual

Muchos servicios profesionales se prestan sin que medie un contrato, especialmente tratándose de los establecimientos sanitarios. Una serie de situaciones urgentes –en todo orden de actividades– impide a las partes convenir las condiciones en que se desarrollará la actividad del profesional. Piénsese en una persona que es conducida a un establecimiento sanitario en grave estado, debiendo ser tratada en forma inmediata, lo cual no da margen alguno a una negociación contractual.

De los cinco elementos que configuran este tipo de responsabilidad (hecho del hombre, antijuridicidad, imputabilidad, daño y relación causal), surgen

problemas respecto de tres de ellos: la **autoría**, la **antijuridicidad** y el **factor de imputación**.

Autoría. Este elemento sólo puede presentarse en el campo de la **actividad propia de una determinada profesión y respecto de servicios prestados por quien detenta un título expedido por una universidad, un instituto profesional o un centro de formación profesional**. Si dicha actividad se realiza por quien no es profesional, se incurre en el delito de ejercicio ilegal de profesión titular y la responsabilidad se impone de acuerdo a las normas generales que regulan esta situación. Se trata, entonces, de una **"autoría reservada" o de una acción de "autoría forzosa"**. La sola existencia de un sector reservado, en el que sólo puede operar un cierto tipo de personas, evidencia la necesidad de conformar a su respecto un régimen jurídico especial.

Antijuridicidad. El profesional obra **contra derecho** (por ejemplo si éste ejerce estando suspendido por resolución judicial o habiendo obtenido su título fuera de Chile no lo ha revalidado o quebranta una disposición del Código de Ética de su organización gremial). En los casos señalados es posible alegar una causal de justificación, como el médico suspendido del ejercicio profesional que auxilia a una persona accidentada o de un abogado en el mismo caso que por un impulso irresistible asesora a la víctima de un delito, etcétera. **Debe agregarse el hecho de que se actúa contra derecho cuando se infringe un deber ético (deontología), lo cual está reconocido en la ley, como se analizará más adelante.**

Factor de imputación. Este es el elemento más importante y se proyecta a los dos tipos de responsabilidad (contractual y extracontractual). En nuestro sistema legal la responsabilidad está construida sobre una base subjetiva. Sólo se responde del hecho propio –como se explicó en lo precedente– y cuando ha habido por parte del infractor (dañador) culpa o dolo. Por ende, la imposición de responsabilidad requiere de un **juicio de reproche** que consiste en no haber empleado la diligencia y cuidado debidos en el cumplimiento de la obligación o haber inferido intencionalmente daño a otro. Para determinar el nivel de diligencia y cuidado debidos se recurre al grado de culpa de que se responde. Creemos nosotros que, mientras en el ámbito de la responsabilidad contractual, la culpa se gradúa (sea en atención a lo que las partes acuerdan o, en su defecto, al beneficio de reporta el contrato (artículo 1547 del Código Civil), distinguiéndose **culpa grave, leve y levísima**; en el ámbito extracontractual se responde de los **estándares generales aceptados en un momento determinado por la comunidad**. En consecuencia, en este último caso, los estándares generales de diligencia y cuidado van evolucionando de acuerdo con los niveles culturales de la población. Tanto en la responsabilidad contractual como en la responsabilidad extracontractual, la culpa se aprecia **in abstracto**, vale decir, deberá construirse un "modelo" que recoja las características propias

del deudor y compararlo con la conducta que se trata de juzgar. Hasta aquí las líneas gruesas de los principios generales que informan la responsabilidad en nuestro derecho.

La culpa profesional, creemos nosotros, tiene rasgos particulares, que permiten darle una fisonomía propia en función de las especificidades que atribuimos a la actividad profesional. Puede definirse como ***"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".***[4]

Como puede observarse, lo determinante radica en que el profesional debe cumplir **deberes especiales** impuestos por su profesión que exceden el deber de diligencia y cuidado ordinarios. Por lo tanto, el profesional está sujeto tanto a la diligencia y cuidado que corresponden a todo individuo en materia contractual o extracontractual y, además, al cumplimiento de deberes específicos que nacen del ejercicio de su profesión.

En otros términos, de la definición transcrita se infiere que los profesionales están sujetos a la **"culpa común"** –en lo que concierne a algunas de sus actividades– y a la **"culpa profesional"** en lo que dice relación con los conocimientos, habilidades, aptitudes y destrezas propias de su especialidad.

La culpa, en tanto deber de diligencia y cuidado, comprende tres comportamientos posibles: **negligencia, imprudencia** e **impericia**.

La **negligencia** consiste en una conducta omisiva, violatoria del comportamiento solícito, atento, sagaz, al cual falta el deber de adoptar las medidas de precaución habitualmente admitidas. El sujeto obra con desgano, despectivamente y sin esforzarse por prevenir las consecuencias malignas de sus actos. (Se deja de hacer lo que se debe hacer).

La **imprudencia** consiste en la ejecución de acciones indebidas, precipitadas o prematuras, falta de cautela o moderación, adopción de "opciones arriesgadas" (que aproximan a la víctima al daño). El sujeto sobrepasa los riesgos inherentes a toda actividad u obrar sin cuidar los peligros que normalmente encierra cualquier decisión o conducta humana. (Se hace más de lo que se debe hacer).

[4] Trigo Represas, F.A. "Responsabilidad civil de los profesionales". N° 1. Serie *Seguros de responsabilidad civil*. Tomo I. Pág. 27. Año 1978.

La **impericia**, finalmente, consiste en la incapacidad técnica y científica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte. Se trata de las faltas a la *lex artis*. (Se realiza una *mala praxis*).[5]

Resulta fácil comprender que los deberes propios del profesional, aquellos que son inherentes a su condición, no están vinculados directamente ni a la **negligencia** ni a la **imprudencia**, toda vez que ello corresponde a la evaluación de la conducta que habitualmente debe desplegar cualquier persona, sea o no profesional, cuando se halla obligada a cumplir un contrato o responder del daño causado culposa o dolosamente en la vida social. En la inmensa mayoría de los contratos, ninguno de los participantes tiene un "deber de pericia", sea porque no están referidos a acciones que para ser ejecutadas requieren de una preparación especial o porque se trata de obligaciones de dar determinados bienes que se hallan en el comercio humano. Quien ejerce una actividad profesional responderá de la negligencia e imprudencia en que incurre, en los mismos términos que un particular en el desempeño de sus actividades ordinarias y según los padrones antes indicados. Pero no sucede lo mismo tratándose de la **impericia** o ausencia de conocimientos, habilidades, destrezas y técnicas propias de la profesión (*lex artis*), porque ello constituye el sello característico que habilita al profesional para desempeñarse excluyentemente en el área de la ciencia o arte que profesa. **La responsabilidad derivada del ejercicio de una profesión sólo puede vincularse a la pericia que se exige a su titular.** Sería injusto y absurdo vincularla a la negligencia e imprudencia, si se tiene en consideración el hecho de que ambos comportamientos tienen padrones comunes que son aplicables a todas las personas y que, por lo tanto, no cabe sobre este punto hacer una distinción arbitraria.

No es dable exigir al profesional, en lo que concierne a la negligencia e imprudencia en que incurre, un grado mayor de culpa de aquellos estándares máximos a que puede hallarse obligado un particular cualquiera. Pero, insistimos, no sucede lo mismo con la impericia, que, a juicio nuestro, debe juzgarse bajo otros parámetros por las numerosas circunstancias antes expuestas.

Para apreciar la responsabilidad que nace de la impericia, tratándose de un profesional, debe tenerse en consideración que **el Estado ha certificado su idoneidad** (su formación y estudios), y que de ello se sigue el monopolio consagrado en favor del profesional al reservársele una determinada actividad productiva. De la misma manera, ha sido el Estado quien, mediante expresión superior de su voluntad (ley), ha dispuesto que quienes requieran de ciertos servicios deben reclamarlos sólo de aquellas personas investidas de un título

[5] Estos conceptos los hemos extraído de la obra de Jorge Mosset Iturraspe, ya citada, aun cuando forman parte de la doctrina jurídica tradicional.

profesional. Reiteremos que, ante esta realidad, no es posible asimilar, sin reservas, la responsabilidad profesional a las normas de la responsabilidad común, porque se trata de conductas diferentes, en virtud de un mandato legal que debe acatarse.

No creemos posible vincular la responsabilidad profesional con las obligaciones de hacer o no hacer, excluyendo las obligaciones de dar. Lo anterior porque existen hipótesis en que la obligación del profesional puede consistir en transferir el dominio de una especie, sea de cuerpo cierto o de género.

V. Formulación del régimen jurídico de responsabilidad profesional

Siguiendo las pautas propuestas, cabe definir con precisión cuál es el régimen de responsabilidad profesional contemplado en nuestro sistema legal, a fin de asegurar la calidad de estos servicios y resguardar los intereses de la comunidad en materia tan sensible.

Los lineamientos centrales que proponemos son los siguientes:

a. En materia **contractual** pueden las partes fijar el grado de culpa de que responde el profesional, pero sería contrario al **orden público** limitar la responsabilidad en lo que dice relación con la **pericia** que se exige al profesional. Lo anterior está certificado por el Estado y, paralelamente, su desconocimiento pone en alto riesgo los fines que se persiguen al asegurar que dicha actividad sólo pueda ser ejercida por un número limitado de personas que aseguran un desempeño adecuado y conveniente. Recordemos que el inciso final del artículo 1547 del Código Civil, en materia contractual, permite que sean las partes las que definan el nivel de culpa de que responderá cada una de ellas. Sin embargo, tratándose de la responsabilidad profesional, dicha disposición se halla limitada por el orden público, impidiendo que pueda excusarse anticipadamente a un profesional de la falta de pericia. En otras palabras, carece de validez jurídica toda estipulación mediante la cual se exonera a un profesional anticipadamente de las faltas a la *lex artis*, excusándose, por consiguiente, la *mala praxis* en que éste incurra. No creemos posible, en esta materia, hacer distingos, por ejemplo, entre las prestaciones sanitarias y las prestaciones jurídicas, porque, si bien es cierto que se trata de actividades diversas, los profesionales están sujetos a las mismas disposiciones en lo que concierne a la pericia que se exige de ellos.

b. A nuestro juicio, aun cuando esto pueda parecer discutible, si las partes nada estipulan en el contrato, debe entenderse que el profesional responde de **culpa levísima** en lo tocante a la negligencia y la imprudencia. En otros términos, debe exigirse al profesional un cuidado extremo ("aquella esmerada diligencia

que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes", según se señala en el inciso 5° del artículo 44 del Código Civil) en el desempeño de sus funciones, pero siempre dentro de los límites del derecho común. Fundamos esta conclusión en la naturaleza especial de los servicios, en el desequilibrio en la información anterior al contrato, en la facultad del profesional para escoger los medios que emplea (los cuales casi nunca se informan adecuadamente al receptor del servicio), en el derecho del profesional para aceptar o rechazar el encargo y, cuestión esencial, en el monopolio de que goza todo profesional en el área de su especialidad.

c. Como ya se explicó, debe admitirse en este tipo de obligaciones la **inversión del *onus probandi*.** Pero esto no implica admitir que la obligación asumida por un profesional carece de los componentes propios de toda obligación ("prestación" y "deber de conducta debida"). En consecuencia, el peso de la prueba del factor de imputación (dolo o culpa) recae sobre el acreedor cuando no se ha logrado la ejecución de la prestación. Esta circunstancia, fruto de la especial naturaleza de esta clase de obligaciones provenientes del ejercicio profesional, no significa desconocer que existe una prestación que debe alcanzarse desplegando la conducta debida, ni muchos menos que es admisible la distinción entre obligaciones "de medio" y obligaciones "de resultado". Toda obligación es de medio, a lo cual no se opone el hecho de que el peso de la prueba recaiga en uno u otro contratante.

d. Como es sabido, la culpa se aprecia subjetivamente, a través de un juicio *in abstracto*. Lo que diferencia la responsabilidad profesional de los tipos de responsabilidad común consiste en que **sólo en lo relativo a la impericia**, la culpa se aprecia **objetivamente** y debe darse por establecida por el hecho de incurrirse en un error de conocimientos, destrezas, habilidades o técnicas propios de la respectiva profesión. Por consiguiente, debe entenderse que se incurre en culpa por el hecho de faltar a la llamada *lex artis*, sin que asista al afectado el derecho de acreditar que ha obrado con la diligencia y el cuidado debidos. Dicho de otra manera, hay culpa cuando el profesional incurre en cualquier error que implique desconocer aquello que debe dominar, carecer de las destrezas y habilidades que suponen la posesión del título o no dominar las técnicas inherentes a la actividad. Lo indicado nos conduce a reconocer que tratándose del ejercicio profesional hay un germen de **responsabilidad objetiva** (ausente de factor de atribución), pero sólo referido a la **impericia** (componente de la culpa), que se proyecta, como se verá en las páginas siguientes, a la relación de causalidad. En este aspecto, la responsabilidad profesional adquiere una fisonomía característica y propia.

e. En materia extracontractual el profesional responde del cuidado y diligencia que fijan los **estándares generales** sobre el comportamiento profesional predominante en la comunidad, pero responde, como se dijo, de cualquier

falta a los conocimientos y habilidades propios de la ciencia o arte que profesa (**pericia** certificada por el Estado). Como ya se explicó, mientras para establecer si se ha obrado con negligencia o imprudencia debe ello apreciarse subjetivamente, para configurar la impericia debe apreciarse objetivamente y darse por establecida la culpa por el solo hecho de faltar a los principios de la *lex artis*.

f. Por consiguiente, en lo relativo a la **negligencia** y la **imprudencia**, se aplican las normas generales sobre responsabilidad subjetiva en sus respectivas áreas (contractual y extracontractual), pero en lo concerniente a la **impericia** se responde **objetivamente** por el solo hecho de faltar a aquella capacidad certificada por el Estado y que determina el monopolio profesional.

Como puede apreciarse, la responsabilidad profesional difiere en aspectos fundamentales de la responsabilidad común, no pudiendo asimilarse, en todo sentido, el ejercicio de estas actividades a las reglas generales antes mencionadas. De aquí nuestra insistencia en configurar un estatuto propio, que sirva para armonizar las disposiciones especiales invocadas con las normas de derecho común.

VI. Fundamento y justificación de un régimen especial de la responsabilidad profesional

Para fundamentar la proposición que antecede es necesario atender a las siguientes razones, sin perjuicio de lo manifestado en el capítulo II de este trabajo:

a. El profesional tiene un **área de privilegio en la sociedad**, no sólo en lo concerniente al desarrollo de su actividad, sino también a su retribución. Hasta existe un procedimiento especial para los efectos del cobro de honorarios (artículo 680 N° 3 del Código de Procedimiento Civil). Creemos nosotros que esta circunstancia, que se evidencia claramente en nuestra legislación, como queda de manifiesto en las páginas anteriores, justifica elaborar un régimen especial de responsabilidad sólo referido a los profesionales. Por otra parte, esta materia tiene una importancia cada día mayor en la comunidad, debe considerarse de orden público y apunta a la realización del bien común. Desde la perspectiva de la responsabilidad, no pueden medirse con la misma vara las relaciones sociales comunes y corrientes sometidas al derecho común, y las relaciones profesionales que nacen de la contratación o prestación de este tipo especial de servicios.

b. El "**orden público**" está constituido por el conjunto de normas que conforman las bases esenciales en que se desenvuelve la vida social. **La responsabilidad profesional en la sociedad actual es una cuestión de "orden público**

económico". Este concepto, al decir de José Luis Cea Egaña, consiste en el *"conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla de acuerdo con los valores de la sociedad nacional articulados en la Constitución".*[6] No es exagerado sostener que vivimos en una sociedad profesionalizante, en la cual las actividades productivas son cada vez más tecnificadas, y en que cada área del conocimiento invade un mayor espacio. Todo hace suponer que en la sociedad del mañana esta tendencia se acentuará y que serán cada día menos frecuentes los trabajos no especializados.

c. En materia contractual el "orden público" está recogido en nuestra ley **respecto del objeto** en el artículo 1461 inciso 3° del Código Civil, **respecto de la causa** en el artículo 1467 inciso 2° del mismo Código, **respecto de la voluntad en el artículo 1445**; en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, es indudable que todo el Título 35 del Libro IV del Código Civil "De los delitos y cuasidelitos", está constituido por normas de "orden público". Lo que queremos destacar es el hecho que el "orden público" está presente en el derecho contractual común y, con mayor razón, en el derecho que regula las relaciones profesionales.

d. **El régimen jurídico de la responsabilidad profesional, por consiguiente, es una materia de "orden público" que debe interpretarse conforme a las bases generales de la institucionalidad en la materia.**

e. No puede omitirse el hecho de que conforme lo dispone el Decreto Ley N° 3.621 de 1981 los profesionales pueden ser **sancionados por los Tribunales Ordinarios de Justicia por infracción de las normas éticas que regulan la respectiva profesión**. Lo anterior se encuentra confirmado por lo previsto en la reforma constitucional del año 2005, que modificó el artículo 19 N° 16 inciso 4°, relativo a la "libertad de trabajo y su protección". Dicha disposición quedó redactada en la siguiente forma: *"Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos.* ***La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas****. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros, Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva.* ***Los profesionales no***

[6] José Luis Cea Egaña. *Derecho Constitucional Chileno.* Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile. Pág. 463.

asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley". Como la norma constitucional transcrita se remite, respecto de los profesionales no asociados a sus respectivos colegios profesionales, a los "tribunales especiales establecidos en la ley", la vigésima disposición constitucional transitoria señala: ***"En tanto no se creen los tribunales especiales a que alude el párrafo cuarto del numeral 16 del Artículo 19, las reclamaciones motivadas por la conducta ética de los profesionales que no pertenezcan a colegios profesionales, serán conocidas por los tribunales ordinarios".*** Nosotros entendemos que estas normas tiene un alcance muy especial. Desde luego, confían a la ley la tarea de determinar qué profesiones requieren grado o título universitario. Encomienda a los colegios profesionales conocer de las reclamaciones que se deduzcan sobre el comportamiento ético de sus miembros, de lo cual se deduce que puede hacerse valer ante ellos la responsabilidad profesional. Finalmente, mientras no se creen los "tribunales especiales" que juzgarán la conducta ética de los profesionales no afiliados a colegios profesionales, esta materia será conocida por los tribunales ordinarios. Este estatuto constitucional configura un nuevo rasgo característico de la responsabilidad profesional, toda vez que ella comprende no sólo los deberes específicos impuestos en la ley o el contrato, sino los deberes éticos que, de esta manera, operan del mismo modo que los propiamente legales. Más aún, todos ellos pueden ser sancionados por los tribunales ordinarios de justicia, ante los cuales pude accionarse en procura de una reparación indemnizatoria. No faltan quienes piensan que la competencia de los tribunales ordinarios de justicia se limita a la aplicación de sanciones éticas (amonestaciones, censuras, suspensión del ejercicio profesional, cancelación del título). Sin embargo, ello carece de asidero, toda vez que nada impide demandar la reparación de los perjuicios experimentados por la víctima de la infracción ética, cuando ella es la causa del daño producido. La culpa profesional que se invoca –en cualquiera de sus fases– puede ser el fundamento de la obligación reparatoria. Del mismo modo, forzoso resulta reconocer que los llamados códigos de ética profesional –que emanan de los respectivos colegios– son obligatorios para todos quienes poseen ese título profesional, formen o no formen parte de este organismo.

f. Finalmente, la sociedad del conocimiento y la información, pretensión de todos los países que aspiran al desarrollo, exige reforzar las normas sobre responsabilidad profesional, por cuanto es este grupo el que más influye en la dirección de la sociedad. No puede menospreciarse el hecho de que a corto plazo la mayor parte de las actividades sociales de más trascendencia estarán a cargo de profesionales, y que el aumento de estos últimos incrementará la competencia y, lo que es ineludible, las infracciones a la deontología. Lamentablemente, la competencia en el campo profesional trae consigo la relajación de los deberes éticos, generando daños que no pueden quedar impunes.

VII. Descomposición de la culpa

Se nos plantea el problema de saber si es posible descomponer la culpa en los diversos tipos de conductas impugnables (**negligencia, imprudencia e impericia**), o si es éste un concepto unitario e indivisible que no admite desmembramientos. La cuestión que planteamos cobra importancia si se tiene en consideración que los servicios profesionales están compuestos por conductas especiales, **específicamente profesionales**, y **conductas ordinarias**, propias de la actividad común de cualquier agente. Así, por ejemplo, la puntualidad, la deferencia, la buena comunicación, etcétera, caen en lo que es propio de toda persona que presta un servicio a otro. Pero no puede decirse lo mismo de la ejecución de actos propios del ejercicio profesional, como una intervención quirúrgica, la redacción de un contrato, el cálculo de resistencia de un edificio, un tratamiento odontológico, etcétera. Tratándose de "**conductas de ordinarias**" no cabe distinguir entre los diversos deberes exigibles al agente, pudiendo la culpa apreciarse unitariamente y bajo un mismo padrón (construcción del modelo comparable). A la inversa, tratándose de "**conductas específicamente profesionales**", es imperativo descomponer la culpa, ya que la negligencia y la imprudencia deben mediarse conforme los parámetros generales de las "conductas ordinarias", en tanto la **impericia** tiene un padrón propio que nace de la garantía dada por el Estado respecto de quien ejerce una profesión titular. No cabe, a juicio nuestro, entrar a justificar la impericia, si ésta importa la infracción de un deber que cae en la órbita de los conocimientos garantizados por el Estado a través del otorgamiento del respectivo título profesional. Un ejemplo aclarará lo que se señala. Si un abogado se retrasa y debido a ello no puede comparecer a estrados judiciales en defensa de su cliente, ciertamente cabe medir las razones que obstruyeron la prestación del servicio, pudiendo justificársele atendidas las razones que se aduzcan al respecto (un accidente, un caso fortuito, un error excusable). Pero este mismo abogado no puede ser justificado si, en lugar de deducir un recurso de apelación o de casación en la forma en contra de una sentencia de primera instancia pronunciada en juicio ordinario, deduce un recurso de casación en el fondo o de revisión. En este supuesto no cabe justificación, porque el Estado ha garantizado la capacidad profesional en un área específica, la cual el receptor del servicio presume que existe.

Creemos nosotros, en consecuencia, que no hay inconveniente en **precisar los deberes y, consecuentemente, las conductas infraccionales que se desprenden de la diligencia, la prudencia y la pericia** exigibles a un sujeto de derecho (profesional) para el cumplimiento de una obligación preexistente. No puede medirse de la misma manera la negligencia, la imprudencia y la impericia, cuando, como se explicó, respecto de esta última, hay normas especiales y una garantía general del Estado. El profesional puede incurrir en "**negligencia**", respecto de actos habituales propios de cualquier individuo

(retrasarse, extraviarse, olvidar una entrevista). En cuyo caso se le aplicarán las normas generales, atendiendo al grado de culpa de que responde. Lo propio ocurrirá en caso de "**imprudencia**", ya que el criterio o templanza de una persona no es objeto de certificación o garantía por parte del Estado. Más difícil es calificar una conducta negligente o imprudente, cuando se trata de ejecutar un deber profesional, ya que podría postularse una asimilación entre ambas cosas. Pero, como quiera que se aprecie esta cuestión, tratándose de la **impericia** la conclusión es inevitablemente diversa. En esta hipótesis, existiendo un deber de garantía y la certificación dada por el Estado, deberá apreciarse **objetivamente** la desviación de la conducta, como se explicó en lo precedente. El deber de obrar conforme la *lex artis* y de no incurrir en una *mala praxis*, es lo que caracteriza con más fuerza la actividad profesional.

No vemos, por lo señalado, inconveniente alguno en diseccionar la culpa, formulando la distinción que proponemos, a fin de hacer efectiva la responsabilidad profesional.

VIII. Responsabilidad del equipo profesional

Una de las cuestiones más difíciles de resolver, tratándose de la responsabilidad, dice relación con los "equipos profesionales", cada día más importantes. La complejidad de este tipo actividad hace necesario, frecuentemente, acudir a especialistas que aporten sus conocimientos y habilidades para asegurar un buen servicio. El "**trabajo en equipo**" es actualmente una de las exigencias más recurrentes, atendido el avance de la ciencia y de la tecnología. En este momento, resulta inconcebible una tarea profesional solitaria, ajena a conocimientos complementarios, sin los cuales no parece posible enfrentar tareas de alta complejidad. Un médico sólo puede diagnosticar una enfermedad cuando ha sopesado los resultados de numerosos exámenes; un abogado, a la hora de redactar un contrato, está obligado consultar a un especialista tributario si éste contiene estipulaciones difíciles de interpretar; un proyecto de ingeniería sólo es factible en la medida que cumpla las exigencias de las normas sobre medio ambiente; etcétera. ¿Cómo resolver el problema relativo a la responsabilidad en estos casos? ¿Cómo evitar que ella se diluya entre quienes intervienen al proveer estos servicios o se concentre injustamente sólo en algunos de los profesionales que intervienen en la prestación de estos servicios? Los autores recurren a sutiles distinciones en busca de respuestas coherentes. Un autor se pregunta "¿Cómo debe regularse la responsabilidad de quienes actúan colectivamente? Un grupo de médicos, de abogados, de periodistas se reúne para prestar un servicio a terceros. Una tendencia es ubicar un líder del grupo y hacerlo responsable por el hecho de los demás, como sucede con la doctrina del 'capitán del barco' utilizada en el derecho anglosajón. La responsabilidad individual y refleja. Otra posibilidad es imputar al grupo, señalando que hay

una responsabilidad colectiva. Una tercera, que proponemos, es hacer distingos entre grupos de riesgo y prestacionales y, en estos últimos, imputar según el régimen de los contratos asociativos"[7] Otros autores han sostenido que la responsabilidad de equipo puede juzgarse desde la perspectiva de la "responsabilidad por hecho ajeno aplicada a los actos profesionales" o como un tipo especial de "responsabilidad compartida".[8] A propósito de la responsabilidad del abogado, otro autor distingue aquellos que "ejercen la profesión en relación de dependencia", aquellos que "prestan servicios para un estudio jurídico" y aquellos que "prestan servicios en forma asociativa".[9] Como puede apreciarse, las ideas giran, por así decirlo, sobre los mismos ejes, sin un aporte significativo y novedoso.

Ante este desafío se hace necesario fijar algunos criterios generales susceptibles de aplicarse como regla general, dando unidad y coherencia a las diversas

---

[7] Lorenzetti, R.M. *La empresa médica*. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 1998. Pág. 268. Citado por Jorge Mosset Iturraspe en Tomo IV de *Responsabilidad por daños*. Tomo IV.

[8] Enrique Paillas Peña, en su obra *Responsabilidad Médica*, Editorial Jurídica Conosur, año 1995, planea que es posible aplicar, tratándose de actividad médica, la responsabilidad por hecho ajeno. Señala a este respecto que "Sucede con frecuencia que el deudor no ejecuta solo su obligación contractual; suele confiar la totalidad o parte de la ejecución a quienes actúan en su nombre. En tal caso la responsabilidad en que incurre el deudor por un incumplimiento defectuoso será necesariamente una responsabilidad por el hecho ajeno. No podría dejar de aceptarse esta carga, pues, de otro modo, habría el peligro de que el deudor se desligase de su obligación confiando la ejecución a otro. La jurisprudencia aplicó esta doctrina especialmente en el caso de la responsabilidad médica por los hechos de los participantes del equipo médico; también ha sido aplicada en relación con la responsabilidad del empresario o jefe de empresa por el hecho de sus subordinados, y en otros casos". A propósito de la responsabilidad compartida expresa: "Pero, avanzando en este terreno, la jurisprudencia ha advertido que es muy artificial y sutil este tratamiento que se da a los casos señalados (actividad del equipo médico), según si el paciente contrató o no servicios del anestesista, pues frecuentemente ocurre que el enfermo no celebra un contrato con cada uno de los profesionales que van a atenderlo; en una operación es el cirujano quien busca los servicios del anestesista y demás personal. El enfermo se pone en comunicación con él por intermedio de su médico tratante; interviene un contrato verbal y las condiciones las pone el galeno y el enfermo las acepta". Luego de citar varias sentencias pronunciadas sobre esta materia por tribunales franceses, concluye este autor manifestado que "Como resulta de esas decisiones, hay un deber conjunto en la labor de equipo en que cada profesional desarrolla su propia tarea, pero sin perder de vista la unidad del grupo, que está movido por un mismo propósito de buscar la salud y el restablecimiento". Como puede constatarse, se trata de una aproximación al problema desde una perspectiva contractual, sin aportar ideas o fundamentos diversos de aquellos que nacen de una jurisprudencia más bien casuística.

[9] Sara M. Wierzba, en su obra *Responsabilidad del abogado*, Editorial Hammurabi, Año 2006, Buenos Aires, expone que el abogado que ejerce su profesión en relación de dependencia "agrega un obligado concurrente a la reparación del daño irrogado: el letrado responderá por su negligencia y el empleador lo hará en forma objetiva, generalmente con fundamento en la responsabilidad por el hecho del dependiente, o bien –si el empleador es un organismo público– en lo dispuesto en el artículo 112 del Código Civil (argentino)". El abogado que presta servicios para un estudio jurídico, la responsabilidad recae en el "abogado a cargo de la dirección del proceso (quien) responderá sobre la base de un factor de atribución subjetivo, ante la deficiente atención del caso que le fuera asignado por el estudio. Pero, a su vez, dado que quien se obliga con el cliente es el estudio jurídico, que necesita para cumplir sus objetivos del concurso de profesionales que desarrollen el plan de prestación comprometido, tal estudio también resultará indistintamente responsable. Finalmente, el abogado que presta servicios en forma asociativa sin que exista subordinación de unos letrados a otros, ni la participación en la atención de clientes y/o en ganancia, se incurrirá en responsabilidad simple conjunta entre quienes intervienen en la asociación.

situaciones que pueden presentarse. Los criterios que se proponen deben ser aplicados tanto cuando no se celebra un contrato de prestación de servicios (ámbito de la responsabilidad extracontractual), como cuando, habiéndose éste celebrado, no se regula en la convención claramente lo relativo a la responsabilidad que afecta a una u otra parte. Como es obvio, en el supuesto de que exista contrato y que en el mismo se convenga lo concerniente a la responsabilidad que asume el profesional, salvo que se trate de cláusulas ilegales, deberá seguirse estrictamente aquello convenido. Lo preponderante, por lo tanto, es la voluntad e intención de los contratantes (cuando los hay), sin que ello implique lesionar normas de orden público o prohibiciones legales. Así, por ejemplo, creemos nosotros, como ya se señaló, que no es posible excusar la impericia, ni bajar el umbral de la diligencia y la prudencia más allá del dolo o la culpa grave. La cuestión, como se advierte, dice relación con la regulación de la impericia, materia que, a juicio nuestro, no admite regulación contractual tratándose de profesiones titulares. Es aquí, precisamente, en donde reside lo característico y singular de la responsabilidad que afecta a los profesionales.

Los criterios generales que proponemos para determinar la responsabilidad de los equipos profesionales son los siguientes:

i. La cuestión primordial pasa por la forma en que se halla constituido el grupo o equipo profesional. Es indudable que los equipos profesionales suelen organizarse de muy diferente forma. En efecto, puede tratarse de un conjunto de profesionales que ***actúa separada e independientemente para la prestación de servicios divisibles*** (como si varios profesionales comparten un mismo despacho, consulta, clínica o laboratorio, pero unos dedicados a una especialidad y otros a especialidades diferentes). Puede suceder que estas especialidades sean complementarias, pero no conduzcan a un servicio indivisible. ***En estos casos, cada profesional responderá separadamente por sus propios actos***. Lo anterior, porque los servicios que se prestan, si bien pueden encontrarse conectados, no tienen necesariamente el mismo fin (el uno indagará cómo funcionan ciertos órganos, o cuáles son los índices y antecedentes clínicos, por ejemplo, en tanto el otro realizará un diagnóstico y recetará un tratamiento). Nótese que la responsabilidad será individual a condición de que intervengan dos o más profesionales independientes; que se ejecuten servicios complementarios; y que cada uno de ellos pueda subsistir en forma separada. La situación que describimos, por otra parte, permite brindar amparo al receptor del servicio, ya que es perfectamente posible individualizar causalmente al profesional autor del daño que deberá repararse.

ii. Si, por el contrario, todos los profesionales trabajan como integrantes de un mismo equipo, bajo el alero, por ejemplo, de una sociedad de profesionales u otra figura jurídica equivalente, la responsabilidad será compartida. En estos casos, así se trate de servicios que pueden prestarse separadamente y tengan

carácter divisible, la responsabilidad recaerá en todos y cada uno de sus integrantes del equipo (atendiendo a la forma en que se hallen organizados) y, eventualmente, en forma solidaria, en aquel que realizó la *mala praxis*. En esta hipótesis, será indiferente la naturaleza del servicio, ya que éste se reputa ejecutado por el equipo, comprometiendo la responsabilidad de todos los integrantes del mismo y, por cierto, del profesional que incurrió en la infracción o *lex artis*, si fuere posible identificarlo. La misma solución debe plantearse en caso que se trate de un servicio *indivisible* que no puede ejecutarse sino con la contribución directa de quienes integran el "equipo".

iii. La forma jurídica en que se encuentren organizados los profesionales determinará el alcance de la responsabilidad de cada cual. Si se trata de una organización informal (sin que medie una persona jurídica, como sucede cuando existe una sociedad de profesionales, una sociedad de responsabilidad limitada u otra estructura análoga), la responsabilidad será **simplemente conjunta** y la de quienes incurrieron en una ***mala praxis***, si fuere posible determinarlo, será **solidaria** (artículo 2317 del Código Civil). Si existe una estructura jurídica formal, la responsabilidad recaerá en entidad con personalidad jurídica, pudiendo accionarse, además, contra quienes causaron con su hecho o culpa el daño. Lo que se señala se funda en el hecho de que los servicios prestados por una sociedad o entidad con personalidad jurídica (corporación, fundación, sindicato, etcétera), comprometen la responsabilidad de la entidad (por lo tanto afectan los intereses de quienes la integran), pero ello no se opone a perseguir la responsabilidad de quien o quienes causalmente provocan el daño, caso en el cual corresponde aplicar el artículo 2317 del Código Civil y hacer a los autores del daño solidariamente responsables.

El fundamento de estos criterios se halla en la naturaleza de la ***oferta profesional***. Puede ésta ser formulada por un profesional o por una entidad o un grupo de profesionales, siendo diferente las consecuencias que se siguen para los efectos de su eventual responsabilidad. Lo que se señala apunta a la protección de quienes demandan los servicios profesionales, ya que nos parece de toda evidencia que sobre esta materia ha de primar aquello que se ofrece a quien demanda la prestación del servicio.

En suma, los criterios indicados en lo precedente para establecer sobre quién recae la responsabilidad tratándose de un "equipo profesional", se traducen en reglas bien precisas que, si bien pueden no cubrir todas las hipótesis posibles, contribuyen a forjar una teoría general sobre la materia. A fin de concretar estas ideas indicaremos, a continuación, las bases a que debe atenderse para determinar la responsabilidad de quienes integran un "equipo profesional".

1. En primer lugar, debe atenderse a la forma en que se prestan los servicios, pudiendo ser éstos **institucionales** (cuando ofrece realizarlos una entidad

que se funda en una actividad compartida) o **informales** (cuando se ofrece ejecutarlos un profesional independiente aun cuando comparta dependencias con otros profesionales). Si el servicio que provoca el daño es "institucional", responderá la organización respectiva (sociedad, asociación, clínica, corporación, etcétera). Si el servicio que provoca el daño es "informal" responderá quien causa el perjuicio.

2. En segundo lugar, debe atenderse a la oferta pública del servicio. Por consiguiente, distinguirse entre **servicios colectivos** (que comprometen la actividad de un grupo de profesionales), o **servicios individuales** (que pueden prestarse separadamente por cada profesional que interviene). Si los servicios que provocan el daño son "colectivos", porque deben prestarse conjuntamente, responderán todos los que participan en ellos. Si los servicios que provocan el daño son "individuales", responderá quien ejecuta la prestación dañosa.

3. En tercer lugar, debe distinguirse entre **servicios indivisibles** (en los cuales no pueden separarse las diversas actividades que los componen) y **servicios divisibles** (en los cuales es posible desempeñarse separadamente por parte de cada profesional que interviene). Si los servicios son "indivisibles", los daños que provoquen comprometen la responsabilidad de todos quienes intervienen en ellos. Si los servicios son "divisibles", los daños que se provoquen deben imputarse a aquel que los causó sin afectar a los demás profesionales.

Las reglas enunciadas operan preferentemente en el campo de la responsabilidad extracontractual, ya que, en el supuesto de que exista una convención entre profesional y cliente, deberá estarse a ella con las limitaciones que examinaremos más adelante.

No se nos escapa el hecho de que algunas profesiones obligan a la prestación de servicios que involucran a varios profesionales. Tal ocurre, por vía de ejemplo, con las atenciones sanitarias. No parece posible, en este sentido, que pueda ejecutarse una intervención quirúrgica aisladamente por un médico, asumiendo éste todos los roles que es posible distinguir. Necesariamente intervendrá en ella un establecimiento sanitario y un equipo profesional dependiente o independiente del primero. Pero bien se puede, atendiendo a la vinculación contractual que exista entre los profesionales y el establecimiento, determinar la responsabilidad del "equipo" y la responsabilidad del "establecimiento". Asimismo, si el equipo está integrado por diversas personas que ejecutan actividades divisibles (cirujano, anestesista, arsenalera), es posible también representarse cada acción separadamente e imputar responsabilidad sólo al autor del daño. Otra hipótesis a considerar es la responsabilidad del "**establecimiento sanitario**" y la "**responsabilidad del equipo profesional**". Si el daño causalmente lo provoca el establecimiento (por ejemplo envenenamiento de un paciente por la alimentación suministrada), la responsabilidad recaerá exclusivamente

en el "establecimiento". A la inversa, si el "equipo profesional", que no es dependiente del "establecimiento", causa el daño, la responsabilidad recaerá sólo en sus integrantes. Finalmente, si el "equipo profesional" es dependiente del "establecimiento", la responsabilidad recaerá en este último sin perjuicio de la responsabilidad que pesará sobre los autores del daño, según ha quedado dicho.

Como puede apreciarse, existen muchas hipótesis posibles, lo que ha significado que esta materia sea tratada con un criterio casuístico difícil de sistematizar. Lo anterior muy especialmente en el área sanitaria, que es donde más se ha hecho valer la responsabilidad profesional.

IX. Cláusulas eximentes o limitativas de responsabilidad

Son cada día más frecuentes los pactos sobre cláusulas eximentes o limitativas de responsabilidad. Aquellas relativas a la responsabilidad profesional tienen algunos rasgos especiales y no pueden homologarse a las se celebran en el campo de la responsabilidad extracontractual.[10]

1. Cláusulas ineficaces

Desde luego, excluimos de plano las siguientes estipulaciones o cláusulas de irresponsabilidad:

i. Cuando aludimos a "cláusula de irresponsabilidad" nos referimos a los pactos en que concurre la voluntad de ambas partes (tanto del que presta el servicio como del que lo recibe). No tienen este carácter aquellas que impone el proveedor del servicio unilateralmente por medio de un aviso, un letrero o cualquier otra manifestación semejante. Ese tipo de reserva carece de toda significación jurídica y debe entenderse que no existe.

ii. Lo propio ocurre con aquellas cláusula limitativas de responsabilidad cuando ellas son obtenidas en "**situación de crítica necesidad**" por parte de quien recibirá el servicio. Este concepto implica que la cláusula ha sido extendida sin posibilidad ninguna de deliberación consciente y reflexiva, o bien, tan apremiado por las circunstancias que no cabía resistencia a la imposición hecha por el profesional.

iii. La misma solución debe darse a las cláusulas limitativas de responsabilidad que, por la complejidad y especialización de su contenido, no permiten al

[10] En nuestro libro *Responsabilidad Extracontractual* abordamos este tema en el Capítulo IV. Sin embargo, la responsabilidad profesional presenta rasgos propios que se divorcian de la teoría general.

receptor del servicio medir su trascendencia y alcance. Lo que se menciona es más frecuente de lo que se cree, por cuanto el desequilibrio informativo de las partes es de tal envergadura que siempre primará el conocimiento de una por sobre la ignorancia de la otra. Para que una cláusula de limitación de responsabilidad pueda ser invocada en este supuesto, sería necesario acreditar una completa y cabal información por parte del quien recibe el servicio.

iv. De la misma manera, será inexistente la cláusula que exonera al profesional de toda responsabilidad, cualquiera que sea su comportamiento o que limite el deber de pericia que le impone su título. En el primer caso (exoneración general de responsabilidad), no creemos posible interpretar el contenido de la estipulación indicada en el sentido que ella exime al profesional de culpa leve o levísima, dejando subsistente la culpa grave y el dolo. Como ya se indicó, más allá de lo previsto en el artículo 1465 del Código Civil, es de la esencia de la responsabilidad profesional, atendida la naturaleza de las obligaciones que ella impone, un cuidado extremo (culpa levísima), cuestión que no queda a merced de la voluntad de las partes. Asimismo, no es posible excusar la impericia que, como tantas veces hemos repetido, está garantizada por el Estado a través del otorgamiento del título profesional.

v. Finalmente, tampoco atribuimos valor a la cláusula de limitación selectiva de responsabilidad, como si, por ejemplo, un abogado encargado de la defensa de un pleito es exonerado de responsabilidad respecto de lo actuado ante la Corte de Apelaciones o ante la Corte Suprema exclusivamente. La responsabilidad profesional, en relación a un mismo caso, no puede fraccionarse, pero bien puede limitarse el servicio (como si se encarga a abogado la defensa de un juicio sólo en primera instancia).

Los casos propuestos, ciertamente extremos, sirven, creemos nosotros, para sistematizar esta materia.

2. Cláusulas anulables

Las cláusulas anulables, siguiendo lo aseverado a propósito de la responsabilidad extracontractual, serían las siguientes:

1. Aquellas que eximen o atenúan la responsabilidad de un profesional autor de un daño cuando éste proviene de dolo o culpa. Lo primero (exención de responsabilidad por dolo o culpa) no requiere explicación en presencia de los artículos 44 inciso 1° y 1465 del Código Civil. Lo segundo (atenuación de responsabilidad) es consecuencia de que los profesionales responden, por la naturaleza de los servicios que prestan, de todo tipo de culpa (en materia civil hasta de culpa levísima y en materia extracontractual conforme los estándares generales). Por consiguiente, la diligencia y cuidado impuestos al profesional que

actúa como tal, es siempre inalterable e imperativa, no quedando ella sujeta a la disposición de las partes. Por cierto, ello no se opone a que la víctima del daño renuncie al derecho de reparación una vez que el daño se haya consumado.

2. Son igualmente nulas las cláusulas que eximen o atenúan la responsabilidad profesional cuando el daño recae en la persona física de la víctima. Nadie puede disponer de su persona, sino en los casos expresamente establecidos en la ley, como sucede, por ejemplo, tratándose de la donación de órganos o tejido orgánico. Por lo mismo, nadie puede excusar anticipadamente los daños que la persona pudiera sufrir en su integridad corporal o en su salud.

3. Son anulables las cláusulas de exención o atenuación de responsabilidad, por daño causado sobre las cosas, siempre que exista en alguna medida culpa del profesional (recordemos que éste responde de culpa levísima en el ámbito contractual y de los estándares generales en el campo de la responsabilidad extracontractual). Esta hipótesis podría darse en el evento de que un arquitecto sea exonerado de responsabilidad en caso que la casa que se construye bajo su dirección se derrumbe por efecto de una mala praxis que le sea imputable.

4. Son igualmente anulables las cláusulas que alteran el grado de diligencia y cuidado que se impone al profesional, como ocurriría si en lugar de responder de culpa levísima, se conviniera en que sólo se responderá de culpa grave o de culpa leve.

5. Es anulable cualquier cláusula que atenúe o limite la responsabilidad del profesional en razón de falta de un cierto grado de pericia, así el daño recaiga en la persona o en las cosas. Tal ocurriría, por ejemplo, si un abogado es exonerado o se limita su responsabilidad en la defensa de un juicio criminal por los errores que cometa al demandar una reparación civil.

3. Excepciones legales

Réstanos precisar qué ocurre con las excepciones que la ley común consagra en favor de ciertas personas responsables del hecho ajeno. Como hemos sostenido invariablemente, la responsabilidad deriva siempre del hecho propio y nunca del hecho ajeno.[11] Lo que ocurre es distinto. En aquellos casos en que parece asumirse las consecuencias de la conducta de un tercero, en verdad se

[11] Véase a este respecto nuestro artículo sobre "Responsabilidad Extracontractual Colectiva", publicado en la Revista "Actualidad Jurídica" N°21, enero de 2010. En dicho artículo se demuestra que quienes parecen responder del hecho ajeno en verdad responden del hecho propio. En estos casos la responsabilidad se funda en la infracción al deber de cuidado que pesa sobre los padres, los tutores y curadores, los jefes de colegios y escuelas, los empresarios y los empleadores (artículos 2320 y 2322 del *Código Civil*).

impone responsabilidad por el hecho de haberse faltado al deber de cuidado que asigna la ley a ciertas personas en razón de la posición de dependencia en que se encuentra el dañador. No se responde entonces del hecho ajeno, sino de la falta de diligencia y cuidado respecto de la conducta desplegada por quien provoca el daño.

¿Qué ocurre, entonces, si el profesional que incumple sus deberes es dependiente del Estado, de una sociedad o de una empresa? ¿Es dable al empleador probar que el daño provocado por el profesional dependiente en el "ejercicio de sus respectivas funciones" deriva de que se "han ejercido de un modo impropio que los amos no tenían medio de prever o impedir, empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente", como reza el artículo 2322 inciso final?

Para dar respuesta a estas interrogantes es necesario distinguir según se trate de la responsabilidad **extracontractual** o de la responsabilidad **contractual.**

En el primer supuesto (responsabilidad extracontractual) no nos merece duda que, probándose que no se ha infringido el deber de cuidado impuesto en la ley, el tercero civilmente responsable está exento de responsabilidad, así sea que se haya obrado con negligencia, imprudencia o impericia por parte del profesional sujeto a un vínculo de dependencia. Para arribar a esta conclusión es necesario considerar las siguientes razones:

En primer lugar, no puede imputarse al empleador responsabilidad si éste se hallaba absolutamente impedido de prever y evitar el daño. Como se dijo, el empleador responde en virtud de su deber de cuidado, pero si el daño se produce por hechos que escapan al límite de sus facultades y atribuciones de vigilancia, no puede exigírsele un comportamiento que resulta imposible (*impossibilium nulla obligatio est*).

En segundo lugar, la excepción contemplada en la ley puede deducirse en cualquier caso cuando se trata de hacer valer la responsabilidad extracontractual, sin que interese la naturaleza del hecho del cual proviene el daño. De lo expuesto se desprende que cualquier hecho doloso o culpable que causa daño genera, en principio, el deber de indemnizar (artículo 2329 del Código Civil).

En tercer lugar, sólo cabe dirigirse contra el tercero civilmente responsable siempre que el dependiente haya incurrido en un ilícito (delito o cuasidelito civil). En esta fase influirá la naturaleza de la obligación incumplida y podrá reclamarse, por ejemplo, la calificación objetiva del deber de pericia que pesa sobre toda profesión titular. Establecida, de acuerdo a las reglas antes enunciadas, la responsabilidad civil del autor del daño, puede procederse contra el tercero en razón de la dependencia antes comentada.

En cuarto lugar, privar de la excepción analizada a una persona natural o jurídica, en virtud de que el autor del daño prestaba servicios profesionales que, como se dijo, están sujetos a un régimen especial, implicaría una discriminación inaceptable a la luz de los principios que se derivan de la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

En quinto lugar, finalmente, habría que considerar que el tercero civilmente responsable no ha incumplido obligación alguna, puesto que ejerció las tareas de supervisión y control del dependiente hasta el límite permitido en la ley, no estando obligado a más. Bien entendida la mal llamada responsabilidad por hecho ajeno (puesto que se trata de casos de responsabilidad por hecho propio), deberá llegarse a la conclusión de que el deber asumido por el empleador consiste, como se dijo, en ejercer una función de supervisión y control respecto de las funciones que son propias de aquellas tareas que debe ejecutar el dependiente.

Analicemos, ahora, los casos de responsabilidad **contractual**, esto es, cuando entre el dependiente (proveedor del servicio) y la víctima del daño (receptor del servicio) existe un vínculo contractual directo o indirecto (a través del empleador). En esta hipótesis no le es permitido al empleador (tercero civilmente responsable) alegar que con la autoridad competente y cuidado ordinario no pudo impedir el hecho. Acreditado que sea el incumplimiento doloso o culpable, nacerá la obligación de indemnizar, pudiendo el dañado dirigirse, como ya se señaló, contra el empleador y/o contra el autor del daño, sin perjuicio, por cierto, de las prestaciones que se deban entre ambos. Así, por vía de ejemplo, si un abogado que forma parte de una sociedad, incurre en responsabilidad profesional, la víctima podrá actuar contra el profesional (persona natural) y contra la sociedad (persona jurídica), sin que esta última pueda excepcionarse alegando que le fue imposible evitar el hecho con la autoridad y cuidado que prescribe la ley. Lo propio puede decirse de un establecimiento sanitario o una dependencia pública. La razón más poderosa que puede esgrimirse para sostener esta solución radica en el hecho de que la excepción comentada –contenida en los artículos 2320 y 2322 del Código Civil– sólo opera en el estatuto de la responsabilidad extracontractual, no así en la responsabilidad contractual.

Recordemos, además, que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual puede alegarse la "compensación de culpas", como se desprende de la facultad del juez de reducir la reparación respecto de la persona que se expuso imprudentemente al daño (artículo 2330 del Código Civil). No ocurre lo mismo tratándose de la responsabilidad contractual, materia en la cual el juez carece de toda facultad a este respecto. La reducción del daño en esta área sólo procede como consecuencia de los efectos de la relación causal.

Como puede observarse, no se advierten diferencias importantes en lo relacionado con la excepción estudiada tratándose de la responsabilidad profesional.

Los efectos son prácticamente los mismos que se siguen de la aplicación de las reglas generales.

En un enfoque general, podría sostenerse que nuestra posición es demasiado drástica con los profesionales, al impedir que ellos puedan obtener de sus clientes, por lo menos, una atenuación de responsabilidad. Lo indicado prescinde de la circunstancia, tantas veces comentada, de que en materia contractual existe un desequilibrio enorme entre la posición del receptor y el proveedor del servicio, lo que, de por sí, hace sospechosa toda cláusula de exención o atenuación de responsabilidad. Como lo ha advertido repetidamente la doctrina, la desigualdad, en todo orden de cosas, deja al receptor del servicio en posición desmedrada y, por lo mismo, la ley y la jurisprudencia deben alinearse en su defensa.

Nuestra posición podría inducir a creer que un tratamiento excesivamente riguroso para con los profesionales producirá un desaliento natural en este campo, apagando las vocaciones y limitando esta actividad tan deseable. Sobre este punto se cita con frecuencia la experiencia que vive Estados Unidos de Norteamérica en donde, para ejercer una profesión, es necesario contratar costosos seguros que encarecen enormemente el valor de estos servicios. Sería absurdo desconocer esta realidad, pero ella obedece, al menos en parte, a la actividad de los abogados que explotan este nicho (responsabilidad profesional) al amparo de las llamadas "penas punitivas" (que con el fin de sancionar a los infractores y dirigir con ello un mensaje a la sociedad, fijan indemnizaciones que exceden largamente el valor de los daños causados) y las "acciones de clase", logrando con ello suculentos beneficios. En nuestro medio social ambas cosas pueden corregirse, puesto que la indemnización (salvo por concepto de daño moral), debe acreditarse cumplidamente y los abusos de los abogados pueden evitarse ejerciendo las acciones y promoviendo las sanciones antes comentadas. En todo caso, esta materia es propia de las políticas públicas que deben diseñar los poderes colegisladores.

X. La responsabilidad profesional y las nuevas tendencias sobre la materia

Parece necesario aludir a las nuevas tendencias sobre la responsabilidad para medir, en toda su magnitud, la importancia de la responsabilidad profesional.[12] Creemos que nuestra proposición, en el sentido de elaborar un estatuto propio sobre esta materia, en gran medida corresponde a la orientación dada por estas tendencias. Por lo mismo, analizaremos sus principales manifestaciones.

[12] Esta materia está analizada en nuestro libro *Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1999. Págs. 80 y ss.

1. **Ampliación del daño resarcible**. Resulta incuestionable que cada día es mayor el ámbito de los daños por los cuales se responde. Desde luego, el daño moral (extrapatrimonial) se ha extendido considerablemente, al extremo de haberse declarado inaplicable por el Tribunal Constitucional el artículo 2331 del Código Civil, que restringe esta reparación, cuando el daño proviene de *"imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona..., a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que puede apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación"*. Obrando de oficio, por resolución de 6 de mayo de 2010, el Tribunal Constitucional abrió proceso para declarar la "inconstitucionalidad" de este precepto legal, vale decir para *"excluirlo"* del ordenamiento jurídico, dejándolo sin efecto (derogado dice la Constitución). Se habla hoy día, dándole identidad propia, de *daño a la vida de relación, daño a la actividad social, daño al proyecto de vida, daño a la imagen física, daño biológico, daño estético, daño espiritual, daño a la capacidad sexual, daño a expectativas de vida, daño a los proyectos de futuro, etcétera*. En este orden de cosas el ingenio parece inagotable. De esta manera, se amplían las fronteras de la reparación haciéndola extensiva a las diversas formas de detrimento patrimonial o extrapatrimonial. No cabe duda que la responsabilidad profesional debe insertarse en esta corriente, aun cuando se trate de una actividad generadora de daños.

2. **Proceso gradual de socialización de los daños.** En esta parte cobra enorme importancia la existencia de seguros obligatorios, destinados, precisamente, a dar certeza a la víctima de que el daño será reparado, superando la insolvencia del dañador. En la misma línea debe colocarse el régimen de seguridad social y las más diversas formas de asistencia brindadas por el Estado. Entre las medidas que se proponen para evitar que la actividad profesional se retraiga, como consecuencia de los riesgos que ella implica, se encuentra, precisamente, el establecimiento de seguros obligatorios a los cuales deberían acceder todos los profesionales para asegurar sus derechos y los derechos de quienes reclaman sus servicios. La experiencia norteamericana en este aspecto resulta aleccionadora.

3. **Aumento de factores de atribución**. Una corriente jurídica propicia el aumento de los factores de atribución. Más allá del dolo y de la culpa (factores tradicionales), se habla del mal llamado "abuso del derecho", de la equidad natural, de las normas de tolerancia entre vecinos o profesionales afines, de la solidaridad social, etcétera. La finalidad última de este planteamiento consiste en aliviar las exigencias que deben cumplir quienes demandan la reparación indemnizatoria cuando el daño no proviene del hecho propio o no ha habido una exposición imprudente al daño.

4. **La objetivización de la responsabilidad**. Esta tendencia es, sin duda, la que con mayor fuerza ha gravitado en el derecho moderno. Se trata de sustituir la *culpa* por el *riesgo*, imponiendo el deber de indemnizar a quienes operan en un

ámbito peligroso (que se aproxima al daño), o que generan esta atmósfera de peligro, sea o no en procura de beneficios propios. Esta tendencia se observa en casi todas las nuevas actividades, tales como el área informática, ecológica, de productos medicinales y farmacéuticos, de daños nucleares, de daños causados en la superficie por aeronaves, de daños al consumidor, etcétera. En varias otras publicaciones hemos afirmado que el "riesgo" es una especie de nueva forma de "culpa", lo que se justifica por las particularidades que presenta el desarrollo científico y tecnológico, generador de condiciones hasta hace muy poco absolutamente desconocidas. Atribuimos, por ende, especial importancia a esta cuestión, ya que, como queda explicado, creemos nosotros que la "impericia" (factor integrante de la culpa profesional) debe apreciarse objetivamente, dándose por establecida por el solo hecho haberse infringido la *lex artis*. El profesional, investido por la autoridad pública de la facultad de ejercer una determinada actividad reservada en razón de su preparación, incurre en responsabilidad si carece de los conocimientos que comprenden la ciencia o arte que profesa. No sucede lo mismo, creemos nosotros, con la negligencia y la imprudencia, cuya infracción se mide de acuerdo a las reglas generales que gobiernan el factor de imputación que se invoca.

5. **Ampliación del campo de legitimados activos.** Se trata, en este caso, de aumentar el número de los titulares de la acción indemnizatoria. A nuestro juicio, esta tendencia es consecuencia de los nuevos daños, tales como los provenientes de la contaminación (a la cual contribuyen, en mayor o menor medida, todos los integrantes de la comunidad) u otras situaciones semejantes. Por cierto, se intenta apoyar a quienes sufren este tipo de daños por encontrarse más expuestos a experimentarlos. Así, por ejemplo, un peatón contamina menos que un automovilista y éste menos que una fábrica desprovista de equipos anticontaminantes. No parece descabellado, como se ha dado a entender, aquella consigna según la cual *"quien contamina paga"*, si por este medio es posible remediar daños difusos que, de otra manera, quedan en la impunidad.

6. **Aligeración de la carga de la prueba.** Se advierte claramente que la víctima tropieza frecuentemente con la dificultad de acreditar los presupuestos de la responsabilidad. Sea que se trate de un sistema de prueba reglada o de libre apreciación, no es fácil, en la mayoría de los casos, probar el factor de imputación, los daños producidos y la relación de causalidad. De aquí que se busque la forma de aligerar esta carga, lo cual se logra objetivizando la apreciación de algunas de estas exigencias (como se propone en este trabajo a propósito de la culpa profesional), y facultando a los jueces para apreciar la prueba con mayor libertad, sin estar estrictamente sujetos a su valoración en conformidad a la ley. Nuevas fórmulas, como la apreciación de la prueba "en conciencia" o "conforme las normas de la sana crítica", constituyen un avance en esta dirección.

7. **Creación de presunciones de causalidad**. Se trata de eximir al dañado del deber de acreditar, con excesiva severidad, el vínculo causal entre el hecho y su consecuencia dañosa. Recuérdese que, en su inmensa mayoría, los daños provienen de "concausas", cuya calificación hace difícil precisar a quién debe atribuirse su autoría. Tratándose de la responsabilidad profesional, existe un sinnúmero de situaciones en que la causalidad es difusa y no puede establecerse con acuciosidad. Especialmente en las profesiones sanitarias, esta cuestión se prestar para eludir la responsabilidad. De esta realidad nace la necesidad de ir consagrando presunciones de causalidad que simplifiquen al dañado la obligación de probar rigurosamente la relación causal.

8. **La prevención y evitación de los daños**. Muchas medidas de carácter administrativo o judicial sirven el objetivo indicado. Así, por ejemplo, la autoridad puede suspender o clausurar, temporal o definitivamente, determinadas actividades riesgosas (tales como fuentes de contaminación, centros deportivos, ejercicios físicos de alto riesgo). En materia de responsabilidad profesional debe recordarse que los Tribunales de Ética, ya mencionados, deberían estar facultados para suspender del ejercicio profesional o, incluso, privar de su título a quienes incurren en infracciones graves que comprometan el interés social. De la misma manera debería procederse con los centros de estudios superiores, cuando su modelo educativo y programas de enseñanza no aseguren la buena calidad de los titulados. Las medidas preventivas, oportunamente adoptadas, pueden evitar un daño que inexorablemente se produce cuando se autoriza el ejercicio profesional a quien no está capacitado para ello.

9. **Certeza del cobro de la indemnización**. Es éste uno de los escollos más frecuentes con que tropieza quien sufre un daño. La insolvencia del dañador, la cuantía de la reparación y la ausencia de seguros comprometidos son un obstáculo, a veces insalvable, para obtener el resarcimiento. Es por ello que muchas víctimas recurren a comprometer al Estado (el Fisco) en la causación del daño, por medio de cualquier pretexto ingenioso. No vemos más solución, frente a este problema, que imponer la obligación de cubrir con seguros la ejecución de ciertas actividades, como sucede, por ejemplo, con el uso de un vehículo motorizado o los servicios de locomoción colectiva. Desde otra perspectiva, debe rechazarse todo pacto que tenga por objeto abreviar los plazos de prescripción, o la exención o limitación de responsabilidad y, desde luego, las declaraciones unilaterales en tal sentido. No debe excluirse, tampoco, la constitución de fondos especiales para afrontar los daños, tanto más cuando ellos son difusos. Australia ha dado sobre esta materia un buen ejemplo, al instaurar un fondo para costear las reparaciones a que dan origen los accidentes de tránsito. Sin la menor duda, es éste el factor que, en mayor medida, impide que la reparación indemnizatoria pueda provocar un equilibrio económico entre dañado y dañador.

10. **Preocupación de la doctrina por reglamentar los contratos de contenido predispuesto o con condiciones generales**. En el campo profesional abunda este tipo de contratos, asegurando la impunidad a quienes ejercen algunas actividades especializadas. Es indiscutible que frente a un profesional no puede un lego en la materia negociar en igualdad de condiciones o conservando un equilibrio mínimo. Lo propio ocurre entre las grandes empresas y los particulares desprovistos de la debida asesoría. No cabe, en este campo, otra opción que dotar a la autoridad de las facultades necesarias para reglar este tipo de contratación y negar validez a aquellos acuerdos manifiestamente inicuos. Así ocurre, en el día de hoy, con la situación del consumidor, amparado por disposiciones legales que lo protegen de eventuales abusos (Ley N° 19.496 modificada por Ley N° 19.955). Insistimos en el hecho de que, al menos en este momento, no se visualiza un antídoto general para esta clase de abusos y excesos.

La revisión de estas diez tendencias demuestra que es posible aplicarlas, en su mayoría, a la responsabilidad profesional. En la vida práctica se observa que los profesionales responden de una mayor cobertura de daños, lo que no ocurría hasta hace pocos años, como sucede, por ejemplo, con el daño moral. Asimismo, existe la tendencia a la socialización de los daños, sea a través de organismos o servicios públicos o de sistemas de seguros obligatorios. Proponemos en este trabajo simplificar la prueba del factor de imputación, apreciando objetivamente la *impericia*, a partir de la garantía de conocimientos que se desprende de las autorizaciones estatales. Creemos que se acentuará, con el correr del tiempo, el aligeramiento de la carga de la prueba, habida consideración de las nuevas normas procesales que se extenderán, en un futuro no lejano, a todas las áreas del derecho. No puede negarse, tampoco, que existe una clara predisposición a amparar a quienes demandan servicios profesionales y que, paralelamente, preocupa la incerteza frente a la insolvencia del responsable del daño.

La responsabilidad, como lo reconoce la doctrina, se ha desplazado del acto *ilícito* al hecho *dañoso*, lo cual demuestra una creciente preocupación por el destino de la víctima. Ha quedado ya muy lejano aquello que los daños provenían, casi siempre, de la voluntad del "buen Dios". Hoy día, a la inversa, en la mayoría de los casos, hay un dañador identificable que es llamado a responder. Cabe destacar, a propósito de esta materia, que la responsabilidad civil extracontractual del Estado se ha extendido enormemente, cubriendo buena parte de daños que hasta hace pocos años quedaban impunes.

Tratándose de la responsabilidad profesional, creemos que bien cabe hablar de una **undécima tendencia**. Ella está representada por la calificación objetiva de la *impericia* como componente de la culpa, principal factor de imputación en este tipo de conductas. Su reconocimiento aliviaría a las víctimas del peso de la prueba en una materia altamente especializada, en la cual quien demanda los servicios profesionales estará siempre en desventaja. Lo anterior no debe

sorprender a nadie, si se tiene en consideración que la apreciación objetiva de la *impericia* no es más que una consecuencia del sistema que rige en Chile en lo concerniente al otorgamiento del título profesional.

Todo hace pensar que la responsabilidad profesional se extenderá considerablemente en los próximos años. Si bien en un comienzo fueron los médicos quienes debieron enfrentar este fenómeno –tendencia por lo demás mundial–, éste se expandirá con fuerza hacia los abogados, los ingenieros, constructores, auditores, etcétera. A medida que las actividades económicas más importantes se vayan profesionalizando y, paralelamente, crezca la cantidad de profesionales que intervienen en el mercado, aumentarán las demandas por reparaciones indemnizatorias, abriéndose paso una concepción jurídica más perfecta sobre la responsabilidad profesional.

XI. ¿Debería reconocerse un estatuto especial respecto de responsabilidad profesional?

Uno de los problemas más difíciles de resolver dice relación con la existencia de un estatuto especial sobre la responsabilidad profesional, tarea que sólo podría encarar la jurisprudencia o la doctrina, pues no parece existir interés legislativo en la materia. Desde luego, no puede invocarse una normativa especial sistemática y preestablecida, lo cual hace pensar que el profesional está sometido a las reglas generales de la responsabilidad contractual o extracontractual, según los servicios que presta sean convenidos con la persona que los requiere o se ejecuten sin acuerdo previo. Podría pensarse, además, que el profesional no puede ser discriminado, imponiéndosele deberes y responsabilidades que van más allá de aquellos de que son objeto los demás sujetos de derecho.

Sin embargo, nuestra posición es diferente, como se ha señalo en lo precedente. Creemos nosotros que los profesionales prestan "servicios especiales" en la medida que éstos sólo pueden ser realizados por ciertas personas que han recibido una formación regulada y controlada por el Estado. El profesional tiene, por lo tanto, un "mercado cautivo" al cual no puede acceder sino aquel que detenta un título profesional. Por otra parte, quien demanda estos servicios lo hace con la certidumbre de que se trata de una persona dotada de los conocimientos, habilidades y destrezas que le permiten ejecutar responsablemente dicha actividad. No se trata, entonces, de una relación de "confianza personal", sino de "confianza institucional", porque ella tiene su génesis en la voluntad del Estado que se expresa a través de la regulación jurídica de la profesión.

No puede asimilarse, por lo tanto, la prestación de un servicio profesional a la prestación de un servicio cualquiera, ni mucho menos confundirse las disposiciones jurídicas dispersas que regulan una y otra de estas actividades. Dicho

de otro modo, quien contrata un servicio profesional deberá escoger en un reducido mundo de prestadores, todos los cuales han recibido autorización especial para desempeñarse en ese campo, proyectando seguridad y confianza hacia la comunidad.

De lo anterior se sigue que el profesional debe obrar con el máximo cuidado en el limitado terreno de las actividades que le son propias. No es dable concebir una relajación si, como queda demostrado, goza, en razón de su presunta preparación, de un monopolio que lo favorece en todo orden de cosas. De aquí que postulemos un estatuto propio para la responsabilidad profesional, particularmente en el campo en que ha sido habilitado por la autoridad pública.

Tres cuestiones saltan a la vista: los abusos que pueden cometerse a propósito de un estatuto especial; la reciprocidad de deberes entre el proveedor del servicio y quien lo demanda; y el avance constante de la tecnología en relación a la "pericia profesional" que recoge la *lex artis*.

A. Abusos de que son objeto los profesionales

En relación con lo primero, se observa en la actualidad un abuso del cual son víctimas los profesionales (particularmente los de la salud). Se trata de la interposición de acciones penales, imputando al profesional la comisión de un delito, cuando sólo procede una acción indemnizatoria como consecuencia de un ilícito civil. Esta estrategia tiene por objeto, como es obvio, presionar al profesional para que se rinda a las exigencias de la presunta víctima. Lo que señalamos ha superado todos los límites. Podría decirse que, invariablemente, se atribuye al profesional una conducta dolosa o ejecutada con imprudencia temeraria contra las personas (artículos 490 y 491 del Código Penal).[13] Lo anterior, unido al hecho de hacer extensiva la responsabilidad a un establecimiento u organización pública (hospitales, corporaciones, reparticiones fiscales, etcétera), permite ejercer presiones indebidas que exceden en mucho las legítimas pretensiones del afectado. Creemos que es la jurisprudencia la llamada a poner atajo a estos procedimientos que se harán cada vez más frecuentes por obra de la creciente competencia en el campo profesional. Una reforma legal podría burlarse con facilidad y, por lo mismo, resultar inoperante. No es conveniente crear un medio hostil al ejercicio profesional, a cambio de hacer valer la responsabilidad que cabe a quienes se desempeñan en este ámbito. Lo que comentamos irá en aumento, si se considera la proliferación del número de

[13] El artículo 490 del Código Penal expresa: "El que con imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o simple delito contra las personas". El artículo 491 del mismo cuerpo legal agrega que "El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior". Probablemente estas figuras delictivas se imputan a los médicos y demás profesionales de la salud en razón de que el tipo penal exige daño en la persona de la víctima.

profesionales (fruto de haberse extendido la actividad universitaria a la iniciativa privada desde 1981). Constituye una realidad inesquivable la circunstancia de que el aumento de profesionales generará mayor competencia en este campo, y que ello provoca un detrimento en la deontología y ética profesionales. Es deber esencial del Estado resguardar ambos aspectos. Conviene a este respecto observar la experiencia norteamericana, antes citada, que ha excedido todos los límites en lo que concierne al ejercicio de las profesiones sanitarias.

Si a la actividad profesional debe agregarse la contratación de elevados seguros de responsabilidad profesional (lo que ocurre en otras naciones en que no es posible ejercer una profesión sin resguardos patrimoniales), es indudable que se desincentivará este tipo de mercados, provocando un encarecimiento en los costos de estas actividades tan fundamentales en la sociedad moderna.

B. Reciprocidad de deberes entre proveedor del servicio (profesional) y quien lo requiere (receptor)

Hemos insistido, en otras publicaciones, en que la obligación, en cuanto "deber de conducta típica" define tanto la conducta del deudor como la conducta del acreedor. Desde este punto de vista el acreedor (receptor del servicio) debe cooperar o facilitar el cumplimiento de la obligación por parte del deudor (proveedor del servicio). De la misma manera, hemos propuesto un criterio que permite definir con precisión el grado de diligencia que impone la ley a una y otra parte de la relación jurídica.[14] Así como el deudor responde de un definido grado de culpa, también el acreedor está obligado a obrar de modo de facilitar la prestación de lo debido.

Tratándose de la responsabilidad profesional esta reciprocidad de culpas se evidencia con mayor claridad. En efecto, quien recibe el servicio convenido o debido (según medie o no contrato), debe facilitar, cooperar y contribuir con el proveedor del servicio a que éste tenga éxito. Así, por ejemplo, quien es objeto de un tratamiento médico está obligado a seguir con rigor las instrucciones, respetar las indicaciones y adoptar todas las providencias que se le hayan recomendado por parte del profesional. Lo propio ocurrirá con quien contrata los servicios de un abogado en lo que dice relación con los antecedentes que se requieran, la fidelidad en la información que se proporciona y veracidad de los hechos que se expongan. En toda profesión la actitud que asume el receptor del servicio es fundamental para que el profesional pueda aplicar la *lex artis* y evitar una *mala praxis* de la cual se derive responsabilidad. Nos hallamos, entonces, en presencia de un acreedor (receptor del servicio) **activo**, cuyo

[14] Sobre este punto puede examinarse el libro *Responsabilidad contractual* (Editorial Jurídica de Chile. Año 2003) páginas 199 y siguientes sobre "Hecho o culpa del acreedor".

deber es cooperar en el cumplimiento de la obligación profesional, no siendo, en la mayor parte de los casos, suficiente una absoluta pasividad de su parte.

Creemos que este aspecto ofrece un carácter propio a la responsabilidad profesional en nuestro derecho y que él no ha sido debidamente ponderado por los comentaristas y doctrinadores. Por consiguiente, concluimos que en este ámbito debe cuidarse muy especialmente la reciprocidad de culpas entre el deudor (proveedor del servicio) y el acreedor (receptor del servicio), eliminándose todo vestigio de responsabilidad en el evento de que la culpa del deudor obstruya una *buena praxis* por parte del profesional.

C. Avance de la tecnología en relación al contenido de la *lex artis*

Nuestro postulado sobre la posibilidad de descomponer la culpa, dando a la pericia un carácter objetivo que se agota en la sola infracción de la *lex artis* (en todo semejante a la culpa contra la legalidad), conduce a otro problema de tanto o mayor significación. La pericia de que está presuntivamente dotado el profesional y que certifica el Estado al otorgarle el respectivo título, no alcanza al avance constante que experimenta la *lex artis* como consecuencia del avance científico y tecnológico. En otras palabras, la *lex artis*, por obra del avance científico y tecnológico, no es estática, sino cada vez más dinámica. Nótese que lo señalado es aplicable, incluso, a los abogados, ya que la legislación cambia y evoluciona con frecuencia.[15]

No creemos posible exigir al profesional –más allá de los requisitos para la obtención de su título– que deba conocer todos los indicados avances y dominarlos al tiempo de producirse, al extremo de responder civilmente de los daños que pudieron evitarse aplicando técnicas, disposiciones, fórmulas o procedimientos desconocidos al momento de titularse. En otras palabras, el contenido de la *lex artis* varía constantemente y sería injusto exigir que el profesional, durante toda su vida activa, deba adaptarse y dominar los nuevos conocimientos. Es notable observar de qué manera avanza la ciencia y la tecnología en relación a ciertas profesiones (ciencias duras) y cómo ello afecta el nivel de conocimientos del profesional. Muy probablemente en ninguna otra actividad este efecto es tan manifiesto.

¿Cómo debe resolverse este problema?

Creemos nosotros que es el juez el llamado a determinar el contenido de la *lex artis* –cuya infracción se apreciará objetivamente– que sea exigible al profesional

[15] Eduardo Couture, un insigne procesalista uruguayo, manifestó, precisamente para caracterizar esta situación, que el abogado que no estudiaba permanentemente "era cada vez menos abogado".

en contra de quien se dirige una acción reparatoria. La premisa fundamental consiste en que el Estado garantiza el dominio de la *lex artis* correspondiente al momento de otorgamiento del título profesional, pero no los conocimientos e innovaciones ulteriores que aquélla experimentó por obra del desarrollo científico tecnológico. Ciertamente existirá responsabilidad si el profesional asegura al contratarse los servicios el dominio de una técnica o de procedimientos modernos ajenos a la época de su titulación. La pericia, en el caso que se analiza (modificación sustancial de la *lex artis* después de la recepción del título por parte del profesional), deberá apreciarse, entonces, conforme las reglas generales que gobiernan la culpa, perdiendo su especificidad. Otra solución nos parece absolutamente injusta. Sin embargo, esta cuestión abre otra brecha, ya que podría afirmarse que los servicios profesionales son de diversa categoría, dependiendo de la actualización que presente el profesional. Esto, sin duda, es efectivo, y tiene lugar en todas las actividades en que influye el avance científico y tecnológico. Por lo mismo, a la hora de juzgar la conducta profesional debe considerarse esta circunstancia, sin prescindir del **deber de información** que pesa sobre el profesional, incluso, respecto de la su propia preparación. Aquí reside uno de los factores que permiten resolver con ecuanimidad esta situación. El profesional debe dar a conocer al receptor del servicio las limitaciones que le afectan respecto de los adelantos científicos y tecnológicos introducidos en la *lex artis* de su profesión, pudiendo presumirse, en su silencio, la intención de ocultar esta información y, por ende, incurrir en responsabilidad.

Todo lo abordado en este estudio parece corroborarse con ocasión de los violentos sismos sufridos por gran parte de nuestro territorio el 27 de febrero de 2010. A propósito de este trágico acontecimiento se ha planteado nuevamente con mayor rigor el problema relativo a la responsabilidad profesional, quedando de manifiesto, en los casos más graves, que existen posibles infracciones a leyes, reglamentos, normas técnicas y reglas que regulan el ejercicio de las profesiones (*lex artis*), todo lo cual justifica la imposición de responsabilidad, incluso de carácter penal. Asimilar este tipo de responsabilidad a las normas de derecho común no parece justificado, atendidos los factores que hemos intentado sistematizar en las páginas anteriores. No compartimos la tentativa de desplazar este tipo de problemas a sede penal, salvo calificadas excepciones, ya que resulta evidente que se trata de negligencia, imprudencia o impericia que debe limitarse a áreas bien acotadas. Así, por ejemplo, los defectos de construcción de una obra determinada pueden ser consecuencia de la *mala praxis* de un ingeniero calculista o de un equivocado estudio de suelos o de la mala calidad de los elementos constructivos, etcétera, unido, cualquiera de estos factores, a una aplicación errónea por parte del arquitecto o constructor de la obra. No habría entonces una, sino muchas concausas, susceptibles de considerarse separadamente para los efectos de asignar responsabilidades. Agréguese a lo anterior la probable responsabilidad de los entes públicos

encargados de supervisar la ejecución del proyecto, autorizar su ejecución y recepcionar las obras y el cumplimiento de las exigencias impuestas. Como puede apreciarse, la responsabilidad se extiende, al extremo de comprometer al Estado, habida consideración de las tareas que le impone la ley a los entes públicos en esta materia. Refuerza nuestra opinión lo que sobre esta materia dispone la Ley General de Urbanismo y Construcciones. El artículo 17 expresa que *"Para los efectos de la presente Ley, son arquitectos, ingenieros civiles, ingenieros constructores y constructores civiles, las personas que se encentran legalmente habilitadas para ejercer dichas profesiones, quienes serán responsables por sus acciones u omisiones en el ámbito de sus respectivas competencias"*. Por su parte, el artículo 18 de la referida ley agrega en el inciso 3° que *"Sin perjuicio de lo establecido en el N° 3 del artículo 2003 del Código Civil, los constructores serán responsables por las fallas, errores o defectos en la construcción, incluyendo las obras ejecutadas por subcontratistas y el uso de materiales o insumos defectuosos, sin perjuicio de las acciones legales que puedan interponer a su vez en contra de los proveedores, fabricantes y subcontratistas"*. Citamos estas dos normas para acentuar el hecho de que ley da a los profesionales un tratamiento especial que difiere de las normas generales de responsabilidad, lo cual puede apreciarse en numerosas leyes invocadas en este trabajo.

Parece conveniente referirse, aun cuando sea muy brevemente, a la posibilidad de que transcurridos los plazos de prescripción contractual –de acuerdo al Código Civil o las leyes especiales– pueda recurrirse al denominado "cúmulo u opción de responsabilidad". De esta manera, se piensa, podría computase el plazo de prescripción no desde la recepción definitiva de las obras por la respectiva Dirección de Obras Municipales (artículo 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones), sino desde la producción del daño (artículo 2332 del Código Civil). Recuérdese que esta última norma dispone un plazo de prescripción de "cuatro años contados desde la perpetración del acto", entendiéndose que el "acto" aludido es el ilícito civil (delito o cuasidelito), el cual se consuma sólo cuando el daño se produce. Por lo tanto, invocando la responsabilidad extracontractual, se podría esquivar la prescripción de la responsabilidad contractual. Esta tesis carece de toda viabilidad, ya que la reiterada jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores ha rechazado la "opción de responsabilidad" (elección del estatuto jurídico que regula la responsabilidad cuando es posible encuadrar el incumplimiento tanto en el ámbito contractual como extracontractual). Creemos nosotros que existiendo un contrato las partes están obligadas a someterse a sus disposiciones, por imperativo del artículo 1545 del Código Civil que consagra el principio *"pacta sunt servanda"*, conforme al cual todo contratos legalmente celebrado es "ley para las partes contratantes". Por lo tanto, el "cúmulo de responsabilidad" no da lugar a la "opción de responsabilidad", quedando las partes sometidas estrictamente a la convención y todos sus efectos. Nos parece útil este comentario para evitar errores en la apreciación de la responsabilidad en general y profesional en particular.

Para lo que interesa a este trabajo, reiteramos que nos parece obvio que la responsabilidad profesional debe medirse de acuerdo a los parámetros aquí señalados y no aplicando sólo las normas de derecho común. Probablemente, los juicios y controversias que se desatarán a propósito de estos hechos servirán para aclarar muchas de las dudas que suscita esta materia.

Como puede comprobarse, la responsabilidad profesional cobra cada día mayor importancia, fenómeno que obedece a los avances que ha experimentado nuestra sociedad. El desarrollo científico tecnológico opera constante e ininterrumpidamente, exigiendo a nuestros profesionales una mejor preparación y conocimientos más avanzados. Por lo mismo, se espera de ellos una respuesta de mejor calidad.

Queda demostrado, entonces, que la responsabilidad profesional constituye una vertiente singular de la cual es posible extraer nuevos principios y darle un tratamiento acorde con sus características especiales. No se intenta, como más de alguien podría pensar, dar a los profesionales un tratamiento exageradamente riguroso en desmedro de sus actividades. Mucho menos de adoptar un estatuto legal que los discrimine y perjudique. Si la actividad profesional, como creemos haberlo demostrado, se rige por normas que difieren de las aplicables a los sujetos de derecho en general, es lógico concebir a su respecto un estatuto especial que recoja aquellas singularidades en provecho tanto de quien provee un servicio de esta naturaleza como de quien lo recibe. La sociedad moderna exige ir adecuando algunas actividades a los nuevos requerimientos y, entre ellas, predomina la importancia del ejercicio de las profesiones titulares. No somos partidarios de una reforma legal, porque esta insuficiencia bien puede superarse con una correcta interpretación de las numerosas disposiciones que hemos citado a la largo de este trabajo. Lamentablemente, entre nosotros, la jurisprudencia no realiza un aporte significativo al desarrollo y perfeccionamiento de la doctrina jurídica. Es muy difícil sustituirla por otros medios, de lo cual se sigue una falencia casi insuperable para el buen funcionamiento de un "Estado de Derecho". Todo lo concerniente a la interpretación (en cuanto aplicación de la ley) abre a los tribunales de justicia un amplio margen para enriquecer el derecho. Sin embargo, no es éste un terreno fértil a la hora de contabilizar los progresos de este orden.

De aquí nuestra esperanza de que la futura jurisprudencia esté a la altura de la complejidad e importancia del problema planteado. Con ello ganará el buen ejercicio de las profesiones titulares y la sociedad toda.