

RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROFESIONALES LIBERALES

Autor:
Hernández, Carlos A.

Cita: RC D 1273/2017

Tomo: 2016 3 Responsabilidad de los profesionales.

Revista de Derecho de Daños

Subtítulo:

(Antijuridicidad, factores de atribución, prueba y eximentes)

Sumario:

1. El CCyCN y los profesionales liberales. Metodología del régimen legal. 2. El contrato de obra y servicios y los servicios profesionales. 2.1. Consideraciones generales. 2.2. Aspectos relevantes de la nueva regulación. 2.3. Las normas del contrato de obra y servicios como matriz de los servicios profesionales. 3. La responsabilidad de los profesionales liberales en el ámbito de las relaciones de consumo. 4. La unificación de la responsabilidad civil y su impacto en la responsabilidad profesional. 5. La tipificación especial de la responsabilidad civil de los profesionales liberales. 5.1. Introducción. 5.2. Configuración de la antijuridicidad. La eximente del consentimiento del damnificado. 5.3. Los factores de atribución. Eximentes y prueba. 6. Supuestos especiales. 6.1. La responsabilidad de los profesionales de la construcción. 6.1.1. Consideraciones generales. 6.1.2. Responsabilidad del constructor: carácter y eximentes. 6.1.3. El proyectista, el director de obra y otros legitimados pasivos. 6.1.4. Plazos de caducidad y prescripción. 6.1.5. Proscripción de las cláusulas limitativas o exonerativas de la responsabilidad. 6.2. La responsabilidad profesional frente al daño anónimo.

RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROFESIONALES LIBERALES

1. El CCyCN y los profesionales liberales. Metodología del régimen legal

Las responsabilidades derivadas de la actuación de los profesionales liberales han concitado un interés especial en nuestro país, lo que se ha visto reflejado en múltiples investigaciones sobre la materia, y en los diferentes proyectos de reformas al Código Civil.

El alcance de la categoría, la naturaleza del vínculo, la incidencia del régimen de consumo, los presupuestos de la responsabilidad civil y la distribución de la carga de la prueba en su ámbito, entre otras, han sido las cuestiones más álgidas sobre las cuales giraban las disputas.

El CCyCN ha tomado postura sobre buena parte de estos problemas, los que serán objeto de especial consideración en este trabajo.

A fin de introducir las principales novedades que emergen del nuevo sistema de Derecho Privado, parece preciso recordar ahora que el CCyCN:

1) Reconoce a la categoría del "profesional liberal", a la que refiere el artículo 1768, sin determinar sus alcances. Ello obedece al alto grado de consolidación de sus contornos, toda vez que se admite sin hesitación que aquél "...supone la concurrencia de algunas de estas notas distintivas en su desempeño: habitualidad, reglamentación, habilitación, presunción de onerosidad, autonomía técnica, y en su caso, sujeción a la colegiación, sumisión a normas éticas y sometimiento a potestades disciplinarias [...] el título profesional universitario" [\[1\]](#).

2) Parte de la premisa que el vínculo que habitualmente traba el profesional con el destinatario de sus servicios se expresa a través de una relación contractual. Desde esa impronta, refuerza el plan de prestaciones a cargo del profesional y determina el alcance de su contenido, al establecer reglas hermenéuticas sobre el particular.

En tal sentido, el artículo 774, titulado Prestación de un servicio, afirma que "La prestación de un servicio puede consistir: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las

cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso; b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. La cláusula llave en mano o producto en mano está comprendida en este inciso".

Sin embargo, ha considerado "...que no es necesario un tipo especial para regular el contrato de servicios profesionales como fue propuesta de regulación en el Proyecto de 1993 (PEN). La discrecionalidad técnica, la diferenciación con el contrato dependiente, los efectos de la utilización de terceros, el modo de determinar la obligación del profesional, están contempladas en las disposiciones generales de los contratos de obra y servicios" [2].

3) Consagra reglas que tutelan los derechos personalísimos de los pacientes, en sintonía con la legislación especial que se ha dejado subsistente (v. gr.: ley 26.529).

4) Tipifica de modo particular a la responsabilidad profesional (arts. 1768, CCyCN), lo que se articula con algunas soluciones sobre la distribución de la carga de la prueba (art. 1735).

5) Mantiene un régimen especial aplicable a los profesionales de la construcción, aunque sensiblemente modificado en su conformación y alcances (arts. 1273, 1274 y concs.).

De este modo, el régimen del CCyCN supera al precedente, dando un marco de adecuada protección para el tomador de los servicios profesionales, en un contexto de mayor previsibilidad y seguridad para los propios prestadores.

2. El contrato de obra y servicios y los servicios profesionales

2.1. Consideraciones generales

El artículo 1251 dispone que "Hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución. El contrato es gratuito si las partes así lo pactan o cuando por las circunstancias del caso puede presumirse la intención de beneficiar".

Las partes son el "comitente", que encomienda la obra o servicio, y el "contratista" o "prestador", que asume el encargo. Los elementos esenciales particulares o tipificantes resultan de la misma definición legal a la cual el CCyCN recurre. Así, para ambos contratos es posible predicar los siguientes, a saber: la ejecución independiente o autónoma de una obra -material o intelectual-, o de un servicio o actividad; el pago, de una retribución.

Entre sus caracteres, se los sitúa como contratos naturalmente bilaterales y onerosos, aunque se admite, sin embargo, su gratuidad "...si las partes así lo pactan o cuando por las circunstancias del caso puede presumirse la intención de beneficiar". La misma parece pensada para el contrato de servicios, dado que toda obra va acompañada de traslaciones de riesgos y responsabilidades, que difícilmente pueden justificarse en el contexto de una liberalidad. A ese entendimiento contribuye su fuente -el artículo 1628 del Código Civil derogado-, que refería a los servicios que, de acuerdo a su contexto, habían sido prestados sin ánimo de recibir una remuneración. Cuando se convienen onerosos, se presentan como conmutativos, aunque nada impide que se pacte su aleatoriedad (art. 968, CCyCN). Son no formales, en cuanto no se les ha impuesto una forma -con sanción de nulidad o sin ella- (arts. 969 y 1015, CCyCN). Revisten la condición de contratos nominados (art. 970, CCyCN).

Finalmente, se exteriorizan como contratos de duración (art. 1011, CCyCN), en tanto el tiempo es esencial al objeto en ambos.

2.2. Aspectos relevantes de la nueva regulación

El Código derogado contenía un régimen escaso para los contratos de obra y servicios, inserto en el Capítulo *De la locación de servicios*, que no se adecuaba a la realidad económica contemporánea.

Constituye un acierto que el CCyCN trate en el Capítulo 6 del Título VI, *Contratos en particular*, al de Obra y servicios en tres secciones sucesivas referidas a *Disposiciones comunes a las obras y a los servicios* (Sección 1ª); *Disposiciones especiales para las obras* (Sección 2ª), y *Normas especiales para los servicios* (Sección 3ª).

En lo metodológico, se verifica un importante progreso en tanto el nuevo Código:

1) Sustraer a los contratos de obra y servicios de la lógica de las locaciones. Justamente el artículo 1493 del Código de Vélez era criticado debido a que "la palabra 'locación' sólo marca una unidad lingüística, porque no hay un tipo que comprenda hipótesis tan disímiles como la locación de cosas y la locación de actividad" [3].

2) Afirma la existencia de dos tipos contractuales, signados por el obrar autónomo del contratista o prestador. Aunque marca criterios para la diferenciación entre ambos, no desconoce los puntos en común que presentan, los cuales se expresan en las disposiciones generales aplicables a ambas especies.

3) Pondera si el vínculo es paritario (art. 957, CCyCN), celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas (art. 984, CCyCN), o de consumo (arts. 1092 y 1093, CCyCN, y LDC), lo que es relevante por los efectos disímiles que produce.

4) Integra al contrato de servicios, con las reglas generales de las obligaciones de hacer (arts. 773 y 774, CCyCN), lo cual determina el alcance del débito comprometido [4]. A estos efectos trae una pluralidad de pautas para contribuir a la diferenciación entre obra y servicios. Entre éstas, sobresalen los diferentes incisos del artículo 774 del CCyCN -antes transcripto-. De todo ello surge que la distinción reside en la actividad prometida [5]. La obra comprende un resultado que puede reproducirse o ser susceptible de entrega (ver parte final del 1er párr. del art. 1252). El *opus* califica la actividad del contratista [6], que no se agota en sí misma, sino que debe expresarse en el resultado eficaz prometido (art. 774, inc. c).

La reproducción es connatural a las obras intelectuales. El artículo 2° de la ley 11.723 es elocuente al respecto en cuanto expresa que "[e]l derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma".

En cambio, la tradición es una nota propia de las obras materiales, ámbito en donde a la obligación de hacer se adiciona la de dar el *opus* [7].

El contrato de servicios supone un débito del prestador que puede consistir en:

"...realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito...", como sucede con las cláusulas que comprometen buenos oficios, o aplicar los mejores esfuerzos (art. 774, inc. a). Es la forma usual bajo la cual se concierta este negocio.

"...procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia" (art. 774, inc. b). En este caso, la promesa de un resultado no alcanza para calificar al contrato como obra, puesto que la obligación se escinde del propósito práctico buscado [8]. Para marcar el contraste, se emplea una terminología a la que debe atenderse. El contrato de obra exige un "resultado eficaz"; el de servicios puede apuntar a la mera actividad o a "cierto resultado concreto", aunque sin comprender su "eficacia". Estos distinguos -que no están desprovistos de críticas [9]- son de gran importancia en el campo de la responsabilidad profesional, por lo cual Lorenzetti entiende que debe calificarse como contrato de servicios a la prestación del médico que, aunque comprometiendo un resultado, nunca garantiza la curación [10].

Ello explica que el artículo 1768 del CCyCN sólo atribuya responsabilidad objetiva a los profesionales liberales, cuando "...se haya comprometido un resultado concreto". La excepcionalidad del supuesto hace que se emplee una redacción más categórica, que parece desechar supuestos en los cuales el deudor no garantiza la eficacia. Subsisten así las obligaciones de medios y de resultado [11], aunque con algunos matices o atenuaciones.

5) Provee la matriz para el contrato de prestación de servicios profesionales [12].

2.3. Las normas del contrato de obra y servicios como matriz de los servicios profesionales

Sobre este aspecto, es pertinente recordar que el CCyCN aporta un conjunto de reglas de gran valía para considerar la actuación de los profesionales liberales.

Entre muchas otras, se destacan aquí las concernientes a:

1) *La cooperación de terceros*. El CCyCN aporta criterios explícitos y claros sobre la cooperación de terceros. Así, el artículo 1254, admite que el contratista o prestador de servicios pueda valerse de terceros para ejecutar el contrato, salvo que de lo estipulado o de la índole de la obligación resulte que fue elegido por sus cualidades para realizarlo personalmente.

Esa cooperación podrá darse mediante la incorporación de dependientes, o a través de otros contratistas o prestadores autónomos, en este último caso, mediante el mecanismo de la subcontratación.

Cualquiera sea la modalidad de cooperación elegida, el CCyCN precisa que la actuación de los terceros se hará bajo la dirección y responsabilidad del contratista o prestador originario, solución que guarda armonía con las

normas del subcontrato (en especial, el art. 1072, CCyCN, relativo a las acciones de que dispone quien no ha celebrado el subcontrato), y las referidas a la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (art. 1753, CCyCN).

2) *La subcontratación*. El artículo 1254 del CCyCN, también habilita al subcontrato en los tipos contractuales de obra y servicios. La fórmula presenta simetría con los artículos 1069 y 1070 del CCyCN, que definen de modo general al contrato derivado, al que aceptan con amplitud, salvo en los casos en que el negocio sea *intuitu personæ*, o se haya prohibido por cláusula contractual. De este modo, el artículo 1254 del CCyCN se inscribe dentro de la nómina de reglas especiales previstas para el subcontrato en algunos tipos contractuales.

Entre las reglas generales del subcontrato, reviste especial interés para el contrato de obra y servicios, la contenida en el artículo 1071, inciso b, en cuanto señala que el subcontratado dispone "...de las acciones que corresponden al subcontratante, contra la otra parte del contrato principal, en la extensión en que esté pendiente el cumplimiento de las obligaciones de éste respecto del subcontratante...", ya que por su intermedio, por ejemplo, se habilita al empresario subcontratado a accionar contra el comitente en la medida de lo que éste adeude al prestador o contratista que subcontrató.

3) *Obligaciones de las partes*. El CCyCN consagra de modo ordenado y sistemático una disciplina relativa al plan prestacional a cargo de las partes, aplicable tanto al contrato de obra como al de servicios. Se aportan así un conjunto de reglas supletorias, que pueden ser útiles no sólo en términos de integración, sino además, en lo concerniente a la desestimación de cláusulas abusivas, cuando los referidos contratos se celebren por adhesión a cláusulas generales predispuestos o en el marco de una relación de consumo, dado que el régimen que se anota habrá de juzgarse como un esquema equitativo y razonable en términos de distribución de derechos, obligaciones y riesgos entre las partes.

De modo general, puede señalarse que los artículos 1256 y 1257 del CCyCN prescinden de la distinción entre obligaciones principales y deberes secundarios de conducta, ya que estos últimos aparecen en el CCyCN integrados al conjunto de prestaciones principales a cargo del respectivo obligado.

Por la índole de este trabajo, interesa detenerse en las obligaciones del contratista y del prestador. El artículo 1256 del CCyCN, organizado en cinco incisos, explicita cuatro ejes relativos a las obligaciones a cargo del contratista o prestador, a saber: alcance de la ejecución de la prestación prometida; información de aspectos esenciales; régimen de materiales provistos o a proveer y tiempo de cumplimiento.

Sobre el primero se dispone que el contratista o prestador debe "ejecutar el contrato conforme a las previsiones contractuales y a los conocimientos razonablemente requeridos al tiempo de su realización por el arte, la ciencia y la técnica correspondientes a la actividad desarrollada" (inc. a), agregando el artículo 1253 del CCyCN, que "A falta de ajuste sobre el modo de hacer la obra, el contratista o prestador de los servicios elige libremente los medios de ejecución del contrato". Ambas fórmulas mejoran el régimen precedente, el cual mandaba a hacer el servicio o la obra, "según la costumbre del lugar, o ser decidida la diferencia entre el locador y locatario, en consideración al precio estipulado". Más allá de la incerteza de los usos, era evidente que el precio como pauta de integración sólo podía actuar cuando ella no supusiera desatender niveles razonables de calidad, y la experticia del contratista o prestador. Por tanto, resulta más adecuado ponderar -como lo hace el CCyCN- los conocimientos requeridos por las reglas del arte, la ciencia y la técnica, al constituir una pauta más objetiva, que se adecua a los estándares de calidad medios, respecto de los cuales es legítimo creer que el comitente hubiera confiado (art. 961, CCyCN). En última instancia se mira al contratista o prestador como a un profesional -al menos en sentido *lato* [\[13\]](#)-, circunstancia que lo legitima para decidir todo lo concerniente a la ejecución del servicio o de la obra, y sus medios, aunque asumiendo las responsabilidades por ello. Vuelve a presentarse aquí una norma de gran importancia en el campo de la prestación de servicios profesionales, ámbito en donde, además, habrá de incidir su régimen especial de responsabilidad (art. 1768, CCyCN).

En cuanto a la regulación de la información, se valora no sólo que aparezca elevada al estatus de obligación, sino también a que se explicita más allá de las fronteras del contrato de consumo (art. 1100, CCyCN), lo que se justifica en los contratos de obra y servicios por la asimetría existente entre las partes, en particular, debida a la experticia del contratista o prestador. Esta situación también se presenta en casos análogos (v. gr. consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud, art. 59, CCyCN). El objeto de la información que debe suministrarse concierne a aquellos "...aspectos esenciales del cumplimiento de la obligación comprometida".

Con similar propósito se explicitan reglas sobre las obligaciones del contratista o prestador respecto a los materiales que habrán de utilizarse, sean los provistos por éstos o por el comitente. Respecto de los primeros, el artículo 1256 del CCyCN, inciso c, ordena que aquéllos deben "proveer los materiales adecuados que son necesarios para la ejecución de la obra o del servicio, excepto que algo distinto se haya pactado o resulte de los

usos". La norma es concordante con el último párrafo del artículo 1262 -relativo a los sistemas de contratación de la obra-, que establece que "Si nada se convino ni surge de los usos, se presume, excepto prueba en contrario, que la obra fue contratada por ajuste alzado y que es el contratista quien provee los materiales". Por su parte, sobre los materiales aportados por el comitente, se obliga al contratista o proveedor a usarlos diligentemente e informar "...inmediatamente en caso de que esos materiales sean impropios o tengan vicios que el contratista o prestador debiese conocer" (art. 1256, CCyCN, inc. d). Se reconoce aquí una función preventiva del deber de información, especialmente concretado como advertencia [14] y vinculada a la seguridad, que aunque frecuente en el Derecho del Consumidor, también está presente en el Derecho común [15]. El incumplimiento de esta obligación es considerado de modo especial en algunos supuestos, tal el caso del artículo 1268, relativo a la destrucción o deterioro por caso fortuito antes de la entrega.

Por último, el artículo 1256 del CCyCN, inciso e, dispone que el contratista o prestador debe "ejecutar la obra o el servicio en el tiempo convenido o, en su defecto, en el que razonablemente corresponda según su índole". El texto tiene proximidad con el artículo 1635 del Código Civil derogado [16], y recurre a la razonabilidad como criterio de integración, que inicialmente corresponderá a las partes, y subsidiariamente al juez [17].

3. La responsabilidad de los profesionales liberales en el ámbito de las relaciones de consumo

La relación de consumo supone la existencia de un proveedor que detenta una profesionalidad -aun cuando actúe de modo ocasional-. Sin embargo, esa profesionalidad no lleva a comprender, al menos a priori, a los profesionales liberales.

Se trata de una cuestión no desprovista de polémicas, que ha llevado a un sector calificado de nuestra doctrina a criticar la solución que sigue manteniéndose hasta ahora [18], y que marca un punto de diferencia con otros ordenamientos. El caso paradigmático lo constituye el Código del Consumidor del Brasil, que incluye en su ámbito a los profesionales liberales, más allá que atribuye respecto de ellos un régimen de responsabilidad subjetivo, aunque no desprovisto de excepciones [19].

Con independencia de la política legislativa que debería seguirse en nuestro país, lo cierto es que frente al Código Civil y Comercial de la Nación y a la pluralidad de fuentes que éste despliega sobre las relaciones de consumo, caben las siguientes reflexiones, a saber:

1) Se preservan las excepciones que hacen que el régimen del consumidor se aplique -aunque más no sea parcialmente- a los profesionales liberales. En tal sentido:

a) El segundo párrafo -primera parte- del artículo 2° de la ley 24.240 afirma que "...No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento".

No se duda de que la publicidad de la que se valen los profesionales liberales es un supuesto que habilita el acceso a las normas de tutela, lo que constituye una decisión acertada, y con importantes consecuencias prácticas. Piénsese en el contratante de servicios profesionales de carácter jurídico que, por intermedio de la publicidad, pudo haber creído celebrar el contrato de prestación profesional con el grupo que integra el despacho colectivo en el que actúa su abogado y que se presenta ofreciendo sus servicios en un ámbito determinado, valorando el grado de organización, su presencia en el medio en el que actúa, el tratamiento integral de los asuntos encargados dada la formación especializada de sus miembros, etcétera [20].

b) En la regulación de las prácticas abusivas, el último párrafo del artículo 8° bis dispone que "Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor". Por su intermedio se tipifica otro supuesto de aplicación de las normas de consumo a los profesionales liberales, en la medida que actuando en nombre del proveedor, incurran en comportamientos abusivos. El segundo párrafo regula un supuesto particular, que parece pensado para los profesionales del derecho. En él se dice que "En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial". Ergo, si un abogado en representación de un proveedor formula una intimación extrajudicial bajo el ropaje de un aparente formato judicial -verbigracia: cédula extrajudicial- podría incurrir en esta práctica abusiva, y ser alcanzado por el régimen de defensa del consumidor, como consecuencia de su obrar profesional. Obviamente, el ejemplo indicado no es el único posible, sino una muestra de la voluntad inclusiva del legislador [21].

La cuestión reviste especial interés, porque el artículo 8° bis es el único supuesto particular de consagración del daño punitivo, en concordancia con la regulación general prevista en el artículo 52 bis.

c) Finalmente, la segunda parte del segundo párrafo del artículo 2° dispone que "Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación". El texto funciona como una norma de cierre o clausura, que exige a la autoridad de aplicación que toma conocimiento de una denuncia contra un profesional liberal -no alcanzada como relación de consumo- a informar al afectado el órgano a cargo del control de la matrícula del referido profesional, a los fines de las sanciones que pudieran corresponder, especialmente las de carácter ético, estatuidas en los respectivos Códigos Deontológicos.

En definitiva, la comprensión excepcional de los profesionales liberales como proveedores en un vínculo de consumo -por la publicidad que realicen o las prácticas abusivas de las que se valgan- atiende a exigencias axiológicas ostensibles, que justifican sean tratados con mayor severidad, dado que al incursionar en roles típicos de un empresario en el mercado, desbordan las fronteras de aquello que se espera naturalmente de ellos.

En el nuevo Código, la cuestión se integra con un régimen de responsabilidad profesional actualizado (art. 1768), no desprovisto de ventajas para la víctima, en especial en materia probatoria (art. 1735).

4. La unificación de la responsabilidad civil y su impacto en la responsabilidad profesional

El esquema binario de la responsabilidad civil emergente del Código de Vélez se ha visto impactado por el Código Civil y Comercial de la Nación, que aporta una teoría general de la responsabilidad civil (Libro Tercero, Título V, Capítulo 1), anclada en la tutela del derecho constitucional a la reparación [\[22\]](#), rediseñada en sus funciones [\[23\]](#), y en un contexto de unificación de las órbitas [\[24\]](#).

La unificación no es absoluta. Así, se ha dicho con precisión que las diferencias subsisten en el nuevo Código en lo que concierne a la distinción en la configuración de la antijuridicidad y del factor de atribución; el rol del caso fortuito; la previsibilidad del daño contractual; la ejecución de la obligación por un tercero, entre otras [\[25\]](#).

A ello se añade que la unificación recae en los efectos, más no supone desconocer la fuente de la cual la responsabilidad nace. En lo que aquí concierne, la actuación habitual de los profesionales liberales en el marco de un contrato, llevará a predicar la responsabilidad contractual de éstos, aunque con menores diferencias en sus consecuencias normativas.

Por lo demás, en este ámbito la unificación presenta una nota peculiar, ya que no puede dudarse, que en última instancia, y como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la responsabilidad de los profesionales liberales se sustenta en exigencias éticas y deontológicas que trasponen la barrera del contrato y del acto ilícito [\[26\]](#).

5. La tipificación especial de la responsabilidad civil de los profesionales liberales

5.1. Introducción

El artículo 1768 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que "La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7a, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757".

El texto, además de incorporar -como ya se dijo- la categoría de "profesional liberal", ha supuesto pronunciarse también sobre la integración del régimen -ver puntos 1 y 2 de este trabajo-, el factor de atribución y la exclusión inicial de las reglas de la responsabilidad por el riesgo o vicio de las cosas o de las actividades riesgosas. Asimismo exige ponderar la configuración de la antijuridicidad y alguna de sus eximentes, y la distribución de la carga de la prueba del factor de atribución.

5.2. Configuración de la antijuridicidad. La exigente del consentimiento del damnificado

El artículo 1716 del CCyCN dispone que "La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código". Como ya se anticipara, con frecuencia, la responsabilidad del profesional liberal resulta de una conducta antijurídica que supone la inejecución del plan prestacional.

Ello cede cuando la conducta se encontrare "justificada" (art. 1717, CCyCN). Entre las causas de justificación, interesa particularmente en el plano del obrar profesional, el consentimiento del damnificado, a la que refiere el artículo 1720, en cuanto dice que "Sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles". Esta norma requiere de una interpretación sistemática, la que conduce a las conclusiones que seguidamente se verán, y podían considerarse vigentes aun en el régimen derogado [27]:

1) El consentimiento puede alcanzar la disposición de derechos patrimoniales. Para ello, es menester que el damnificado lo haya prestado de modo libre e informado, sin que pueda calificarse como una cláusula abusiva, conforme al régimen general previsto en los artículos 984 y siguientes del CCyCN.

2) El artículo 55 del CCyCN afirma que "El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable".

La norma se integra con otras específicas relativas a los "actos de disposición sobre el propio cuerpo" (art. 56, CCyCN); a la "práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia" (art. 57, CCyCN), y a la "investigación en seres humanos" (art. 58, CCyCN).

3) En diálogo con la ley 26.529 sobre derechos del paciente, el artículo 59 del CCyCN entiende que "El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada..."

Como pacíficamente se reconoce en nuestra doctrina y jurisprudencia: "El consentimiento informado no libera al profesional de las consecuencias de una conducta negligente o imprudente, pero sí lo eximen de responsabilidad por la ocurrencia de un riesgo informado al enfermo y que ocurriera pese a la buena práctica, ya que, en este caso, habría sido el paciente -y no el profesional- quien decidió afrontarlo" [28].

4) Se trata de una materia signada por el orden público.

5.3. Los factores de atribución. Eximentes y prueba

A partir de la reforma introducida por la ley 17.711 las fronteras de la "culpa" se han ido reduciendo. La notable expansión de los factores objetivos de atribución, sea por vía legal o jurisprudencial -impulsados por una progresista labor doctrinaria-, ha provocado un confinamiento de la "culpa" como factor atributivo de la responsabilidad civil. Sin embargo, en materia de responsabilidad civil de los profesionales liberales, esa ha sido tradicionalmente la regla, la que ahora ha quedado explicitada en el segundo párrafo del artículo 1768 del CCyCN, cuya contundencia habla por sí misma: "La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto".

En base a la misma, es posible efectuar diferentes precisiones:

1) Para la apreciación de la culpa resultan aplicables las reglas de los artículos 1724 y 1725 del CCyCN. La culpa del profesional liberal, aunque valorada en concreto, será juzgada según el accionar de un experto [29]. El artículo citado en primer término va en esa dirección cuando luego de afirmar que "La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar", precisa que "Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión". De este modo, se capta a la "impericia", como antónimo de "pericia", que refiere según el *Diccionario de la Lengua Española* a la "...sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte". Coherente con ello, la segunda norma citada expresa que "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente" [30].

En un interesante y reciente estudio sobre la materia se ha dicho que las reglas del arte que constituyen las pautas de actuación a que deben ajustar su conducta los profesionales de cualquier rama, exigen un conjunto de requisitos que se expresan en la idoneidad del profesional; estudio y análisis previo del caso; empleo de técnicas o medios aceptados como válidos y convenientes en el momento de la praxis; información previa y consentimiento informado de quien recibe el servicio [31].

2) La culpa o impericia profesional supone un apartamiento del proceder adecuado según el estado de la técnica o de la ciencia. Por ello la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "En tanto existan opiniones divididas sobre un problema médico, el tribunal no ha de tomar partido en la controversia adjudicando responsabilidad a la institución demandada, por cuanto la culpa del profesional comienza donde terminan las discusiones científicas, y, dentro de las limitaciones actuales de la medicina, puede responsabilizársele sólo cuando se prueba que el tratamiento adoptado constituye un error que resulta inexcusable en un graduado y no cuando se le ofrecen al médico varias actitudes, admisibles científicamente, eligiendo aquélla que a su juicio y según las particularidades del caso resultaba más apta" [32].

3) La "culpa" tiene también aquí un papel protagónico como eximente de la responsabilidad [33]. El caso tradicional es el de la "no culpa" que supone la demostración de la diligencia exigida por las circunstancias negociales o la prueba de haber observado un comportamiento cuidadoso y previsor en el obrar [34].

El Código Civil daba cuenta de esta eximente -de manera dispersa- en diferentes normas [35]; estas disposiciones han dado lugar a interesantes debates, en gran medida originados en el Derecho Comparado, en torno a la admisión de la "falta de culpa" como eximente autónoma y diferenciada del caso fortuito [36].

En ese contexto, algunos de los proyectos de reformas habían pro-puesto receptarla de modo general, con una metodología que no dejara dudas en cuanto a su independencia. El primero en iniciar el camino fue el Proyecto de Código Único de 1987, el cual proponía incorporar el siguiente párrafo al artículo 514: "Hay incumplimiento 'sin culpa' cuando el deudor acredita que, para cumplir, habría sido menester emplear una diligencia mayor que la exigible por la índole de la obligación". Con este alcance, la prueba de la "diligencia mayor no exigible" es la única vía tendiente a obtener la liberación [37]. Posteriormente, el Proyecto de la denominada Comisión Federal (1993) volvió a ocuparse de la "falta de culpa" (art. 513); en esta propuesta la acreditación de la "no culpa" suponía la prueba de la "diligencia debida", al afirmar que la misma se configuraba "...cuando el deudor acredite que para cumplir empleó la diligencia exigible, según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" [38].

Para despejar toda duda en cuanto a las fronteras de la "falta de culpa" dicho Proyecto agregaba que "Cuando las circunstancias de la obligación o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, sólo se liberará si demuestra la incidencia de una causa ajena" [39]. La cuestión guarda una enorme significación desde el punto de vista probatorio. Por eso, aunque el Proyecto de 1998 no aludía de manera general a la eximente de "falta de culpa", el artículo 1619 atribuía al tribunal la facultad de distribuir la carga de la prueba de la culpa y del obrar diligente [40]. El texto expresamente sostenía que "Salvo disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución de responsabilidad, así como de las circunstancias que la excluyen, corresponde a quien los alega. Si las circunstancias especiales del caso lo justifican, el tribunal puede distribuir la carga de la prueba de la culpa, o de haber actuado con diligencia, ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla" [41].

Con algunas variantes, ésta ha sido la posición seguida por el Código Civil y Comercial de la Nación. Así, se recuerda que el artículo 1734 señala que "Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega". De modo complementario, el artículo 1735 del CCyCN afirma que "No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa". El cambio reside en la recepción de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, en tanto la norma la sitúa claramente como un criterio de excepción y para el ámbito de la culpa del agente, al tiempo que busca preservar el derecho de defensa del demandado en el litigio, al establecer que el juez debe comunicar a las partes que va a recurrir a este criterio en el caso particular, posibilitando a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa. Como bien se ha señalado, la cuestión dependerá de cada proceso en el marco de su respectiva jurisdicción [42].

4) Finalmente, la norma califica a la responsabilidad como objetiva cuando "...se haya comprometido un resultado concreto". Sobre el particular es importante ponderar que dicha referencia genérica, viene acompañada por algunos supuestos específicos, como el de la responsabilidad de los profesionales de la construcción, que será

considerada seguidamente".

Es relevante destacar también que el Código Civil y Comercial de la Nación haya excluido la aplicación a los profesionales del régimen del "hecho de las cosas y actividades riesgosas" (art. 1757), excepto, en el primer caso, "...que causen un daño derivado de su vicio" [\[43\]](#).

6. Supuestos especiales

6.1. La responsabilidad de los profesionales de la construcción

6.1.1. Consideraciones generales

En materia de responsabilidad de los profesionales de la construcción, el Código Civil y Comercial de la Nación también innova, en cuanto ha reestructurado el supuesto paradigmático de la "responsabilidad por ruina". Así, el artículo 1273 dispone que "El constructor de una obra realizada en inmueble destinada por su naturaleza a tener larga duración responde al comitente y al adquirente de la obra por los daños que comprometen su solidez y por los que la hacen impropia para su destino. El constructor sólo se libera si prueba la incidencia de una causa ajena. No es causa ajena el vicio del suelo, aunque el terreno pertenezca al comitente o a un tercero, ni el vicio de los materiales, aunque no sean provistos por el contratista".

La responsabilidad de la que da cuenta el texto legal transcrito tiene un ámbito concreto de aplicación, que alcanza a:

a) Las obras realizadas en inmuebles destinados por su naturaleza a tener larga duración. Quedan comprendidos, entonces, las destinadas a viviendas, los establecimientos educativos, los centros comerciales, etcétera.

Excluye, por tanto, a las que puedan tener un tiempo limitado de aprovechamiento, como stand en ferias y mercados [\[44\]](#). Una cuestión dudosa se presenta respecto a las refacciones de obras preexistentes. El tema ha sido debatido en el Derecho Comparado, e introducido entre nosotros, ya con motivo del régimen derogado, prevaleciendo el criterio que evita interpretaciones extensivas [\[45\]](#). No distingue sobre este punto -sólo habla de "obra realizada"- [\[46\]](#), lo que deja abierto el debate [\[47\]](#).

b) A los supuestos de daños que, luego de la recepción definitiva de la obra comprometan su solidez -ruina según el título del artículo 1273 del CCyCN-, y a los defectos constructivos que la tornan impropia para su destino.

La reforma se explica en la evolución de los modelos comparados sobre la responsabilidad por ruina posteriores a los Códigos decimonónicos. En ese sentido, se recuerda que a comienzos del siglo XX el Proyecto francoitaliano de *Código de las Obligaciones y de los Contratos*, del año 1927, consagró un régimen innovador para las obras sobre inmuebles destinados a larga duración, estableciendo un concepto amplio de ruina y un plazo de garantía que se articulaba con un término de denuncia y otro de prescripción, texto que inspiró al Código italiano de 1942, y sobre el cual operó la reforma de la ley 17.711 al Código Civil derogado. Más recientemente, y a partir de la ley francesa 78-12, del 4 de enero de 1978 [\[48\]](#), incorporada bajo la técnica legislativa de la "novelación" en el artículo 1792 del Código de Napoleón -que se mantiene pese a la reforma del 10 de febrero de 2016-, se apuntó a la regulación del proceso de construcción de edificios, su calidad y seguridad, criterio seguido por la ley española sobre "Ordenación de la edificación" N° 38 del 5 de noviembre de 1999, en donde ya no se alude a la ruina de la obra y se refiere a daños derivados de diversos tipos de defectos constructivos [\[49\]](#).

El Código Civil y Comercial de la Nación se inscribe en esta nueva orientación y asimila las categorías jurídicas de daños que provienen de defectos que comprometen la "estabilidad" o "solidez" de la obra, de los que se proyectan sobre su "habitabilidad" o "funcionalidad".

Se siguen así las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales mayoritarias, que pugnaban por extender el concepto de "ruina", entre las cuales no se consideraba necesaria "...la caída actual o inminente de la obra para que la ruina se configure, siendo suficiente con que los deterioros impidan el aprovechamiento..." [\[50\]](#)

6.1.2. Responsabilidad del constructor: carácter y eximentes

La última parte del artículo 1273 dispone que "El constructor sólo se libera si prueba la incidencia de una causa ajena. No es causa ajena el vicio del suelo, aunque el terreno pertenezca al comitente o a un tercero, ni el vicio de los materiales, aunque no sean provistos por el contratista". De aquí pueden inferirse diferentes conclusiones y efectos, a saber:

1) La responsabilidad del contratista es objetiva [51], propia de una verdadera garantía, y se predica aun cuando pueda revestir la condición de profesional de la construcción. En tal sentido, la solución tiene coherencia con otras respuestas que trae el CCyCN, tales como:

a) El artículo 1722 afirma que "El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario";

b) el artículo 1768, concerniente a los profesionales liberales, precisa que "La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto...", lo que acontece en el contrato de obra.

2) La objetivación aludida lleva a limitar las eximentes del contratista, que no son otras que el caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730), el hecho de un tercero por quien no se debe responder (art. 1731), y excepcionalmente, el hecho del damnificado (art. 1729). Todos merecen un señalamiento especial [52]:

a) El casus estará generalmente referido a hechos de la naturaleza, dado que, en principio, los vicios o defectos internos de la construcción no resultan ajenos a la cosa; sin embargo, la afirmación no puede entenderse como absoluta, pudiendo depender de las circunstancias del caso;

b) el hecho del comitente no debe aceptarse ampliamente, dado que existen una pluralidad de argumentos que conspiran contra esta eximente; así, la profesionalidad del contratista, el carácter de orden público de esta responsabilidad, y la eventual condición de consumidor del dueño de la obra, entre muchos otros;

c) El hecho del tercero encuentra en el CCyCN criterios razonables que lo limitan. Así, se excluyen como eximentes "...el vicio del suelo, aunque el terreno pertenezca al comitente o a un tercero", y "...el vicio de los materiales, aunque no sean provistos por el contratista". En este aspecto, se pondera que se atribuya al contratista el riesgo del suelo sobre el cual se efectúa la construcción, y de los materiales, no sólo de los que aporta, sino también de los que recibe, habida cuenta de su experticia profesional [53]. La solución no sorprende, dado que en la misma sintonía se encuentra la responsabilidad por destrucción o deterioro de la obra por caso fortuito antes de la entrega (art. 1268, inc. b).

d) Se critica que nada se diga respecto de los vicios de construcción [54], pero esa responsabilidad es evidente porque el constructor es quien contrató con el comitente [55] y quien debe esa garantía.

3) La tutela resarcitoria del comitente y/o adquirente comprende los mecanismos preventivos previstos de modo genérico en el artículo 1711 y concordantes del Código Civil y Comercial.

6.1.3. El proyectista, el director de obra y otros legitimados pasivos

En la nómina de legitimados pasivos, el Código Civil derogado sólo comprendía al director y al proyectista, lo que habitualmente se entendió como una enunciación ejemplificativa, aunque sin consensos absolutos sobre los sujetos a quienes en concreto podía extenderse la responsabilidad. En general, se aceptaba contra el subcontratista. Del mismo modo, y según las circunstancias, contra el promotor, esto es, quien "...por su cuenta y en su beneficio, encarga la realización de la obra a un tercero para vender posteriormente sus pisos y locales" [56]. En cambio, suscitó dudas el caso del profesional o empresario que sólo aparecía ligado al dueño mediante un contrato de mandato -propio de los sistemas de administración [57]-. Algo similar ocurría con la figura del financista [58].

Por ello, aporta a la tutela del crédito y a la seguridad jurídica que el artículo 1274 haya optado por una redacción suficientemente amplia y abarcativa de las diferentes situaciones. En él se dice que "La responsabilidad prevista en el artículo 1273 se extiende concurrentemente: a) a toda persona que vende una obra que ella ha construido o ha hecho construir si hace de esa actividad su profesión habitual; b) a toda persona que, aunque actuando en calidad de mandatario del dueño de la obra, cumple una misión semejante a la de un contratista; c) según la causa del daño, al subcontratista, al proyectista, al director de la obra y a cualquier otro profesional ligado al comitente por un contrato de obra de construcción referido a la obra dañada o a cualquiera de sus partes". Aunque nada se afirma sobre el financista, se cree que la eventual responsabilidad, excepcionalmente podrá fundarse en las reglas de la conexidad, que de modo muy cuidado establece el CCyCN.

Se mantiene el alcance indistinto o concurrente de la responsabilidad, cuando la misma se extienda a los sujetos

enunciados en sus diferentes incisos.

6.1.4. Plazos de caducidad y prescripción

A fin de concluir los debates existentes en el régimen anterior, el Código Civil y Comercial de la Nación establece que la recepción definitiva -por aceptación de la obra- determina el inicio del cómputo del plazo de garantía y caducidad, que el artículo 1275 fija en diez años.

Asimismo, el artículo 2564 del CCyCN estatuye que "[p]rescriben al año [...] c) el reclamo contra el constructor por responsabilidad por ruina total o parcial, sea por vicio de construcción, del suelo o de mala calidad de los materiales, siempre se trate de obras destinadas a larga duración. El plazo se cuenta desde que se produjo la ruina..."

En ciertas ocasiones, resulta un problema particularmente complejo determinar el momento de acaecimiento de la ruina, en especial cuando provenga de una ineptitud funcional que la haga impropia para su destino, donde será imperioso concretar un estudio de las circunstancias fácticas del caso [\[59\]](#).

6.1.5. Proscripción de las cláusulas limitativas o exonerativas de la responsabilidad

Aquí se continúa el modelo jurídico anterior, de modo que, por razones de orden público se reconoce una excepción a la libertad de contratación.

Generalmente se la funda en las implicancias sociales y económicas de la seguridad y estabilidad de las construcciones de inmuebles. Sin embargo, no puede dudarse que también actúa en resguardo de los intereses del comitente, especialmente de quien celebra la obra bajo la modalidad del contrato por adhesión o como contrato de consumo [\[60\]](#).

Por lo dicho, se exhibe un diálogo entre diferentes normas de orden público, a fin de excluir del mercado cláusulas potencialmente lesivas de derechos de terceros o manifiestamente abusivas.

6.2. La responsabilidad profesional frente al daño anónimo

Ha sido un tema tradicional de debate determinar los márgenes de la llamada responsabilidad colectiva. En los últimos tiempos prevaleció el criterio de diferenciar dos supuestos [\[61\]](#), a saber: 1) Cuando el hecho parece atribuirse a una u otra persona pero no se puede probar cuál de ellos ha sido, en donde cabría la prueba de quien fue el autor; 2) cuando el hecho es atribuible al grupo como tal, no siendo posible que lo cause un individuo, situación en la cual la citada eximente no sería factible. En esta orientación se enrola el CCyCN en cuanto sostiene que "Si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción" (art. 1761), en cambio "Si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestra que no integraba el grupo" (art. 1762). El primer supuesto constituye un caso de responsabilidad objetiva fundado en la "garantía", en tanto que el segundo idéntica responsabilidad se funda en el "riesgo" [\[62\]](#).

En materia de responsabilidad médica es frecuente la configuración del daño anónimo. En el viejo régimen se discutía el factor de atribución, y en consecuencia las eximentes [\[63\]](#). Aunque como se dijo, la reforma parece haber objetivado esta responsabilidad, hay quienes entienden lo contrario al sostener que "...la prueba de la 'no culpa' implica probar que no ha contribuido a la producción del daño" [\[64\]](#).

[1] Conclusiones del Segundo Encuentro de Abogados Civilistas, Santa Fe, 1988.

[2] Ver los Fundamentos del Anteproyecto de 2012, base del CCyCN. El criterio es concordante con la jurisprudencia mayoritaria sobre la materia que atribuía carácter proteiforme a ese vínculo; así, CNCiv., sala K, 28-4-89, L. L. 1989-E-153; sala A, 18-11-99, L. L. 2000-B-436.

[3] LÓPEZ DE ZAVALÍA, Teoría de los contratos, t. 4, Parte especial (3), Zavallía, Buenos Aires, 1993, ps.

75 y ss.

- [4] LORENZETTI, Ricardo Luis, Introducción a los contratos de obra y servicios, en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, dir. por Ricardo Luis Lorenzetti y coord. por Miguel F. De Lorenzo y Pablo Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VI, ps. 765 y ss.
- [5] Ídem. La jurisprudencia, recurriendo al mismo criterio que propone el CCyCN, sostuvo que "El hecho de que el programa radial sea una creación propia de las actoras, con cierta esfera de autonomía en cuanto a la elección de medios o recursos para lograr su prestación, y teniendo en cuenta que la expectativa del comitente al contratar a las mismas fue la radiodifusión de la obra que aquéllas prestaban en su emisora -objeto de la obligación-, lleva a concluir que el fin querido por éste fue la producción de la obra y no la mera realización de un trabajo o servicios, razón por la cual se está ante un contrato de locación de obra", en CNCiv., sala F, 29-12-97, "Baxter, Diana A. y otros c/D. G. Medios y Comunicaciones SRL", L. L. 1998-C-750. En el mismo precedente se dijo que "...en la locación de servicios el trabajo o servicio es remunerado independientemente del resultado que se obtenga, pues dicho contrato tiene como objeto el trabajo en sí, sea éste material o inmaterial. La locación de obra, en cambio, puede tener por objeto una obra material o intelectual, es decir, se promete un resultado material o inmaterial. Tal obligación de resultado y no de medios constituye el 'alma' del contrato de obra, sin perjuicio de que el elemento fuerza de trabajo, propia o ajena, intervenga también en forma tan esencial que sea necesario investigar la voluntad de las partes para decidir el tipo de locación de que se trata".
- [6] SPOTA, Alberto G., La locación de obra y la locación de servicios, en L. L. 26-38; APARICIO, Juan Manuel, La locación de obra y las reformas introducidas al Código Civil por la ley 17.711, Plus Ultra, Buenos Aires, 1973.
- [7] MOEREMANS, Daniel, Aspectos relevantes de la regulación de los contratos civiles en el Código Civil y Comercial de la Nación, en Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación, dir. por Rubén Stiglitz, Thomson Reuters, La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 94 y ss.
- [8] LORENZETTI, Tratado de los contratos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2077, t. II, p. 616.
- [9] LOVECE, Graciela, Los contratos de obras y de servicios en el Código Civil de 1871 y en el Proyecto de 2012, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 2014-2, Problemática contractual. Contratos en particular, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 81 y ss.
- [10] En similar orientación, en la jurisprudencia precedente al CCyCN se hizo lugar a la acción resarcitoria formulada contra un abogado que, en ejercicio de la dirección letrada de un juicio, omitió formular una pretensión resarcitoria en el momento procesal oportuno, lo cual motivó su rechazo. Para ello se sostuvo que "La responsabilidad profesional del abogado debe ser analizada, por regla, bajo la normativa aplicable a las obligaciones de resultado atenuadas, en las cuales el deber de prestación se conforma con la disposición de los medios orientados hacia la obtención del resultado. En las obligaciones de resultado atenuadas, como lo es aquella a cargo del abogado, el deudor se exime de responsabilidad probando que obró de modo diligente" (CNCiv., sala L, 6-6-2000, "F., R. B. c/G., A. I.", RCyS 2001-418). Ver también ALTERINI, Atilio A., Contratos. Civiles, comerciales y de consumo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 588.
- [11] PIZARRO, Daniel R., Clases de obligaciones, en RIVERA, Julio C. (dir.) y MEDINA, Graciela (coord.), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, 1ª ed., 1ª reimp., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 542. Convergen así, el régimen de las obligaciones de hacer y las normas relativas a los contratos de obra y servicios -comprendiendo a los de prestación profesional-, proyectándose sobre el régimen de responsabilidad.
- [12] En esto también se sigue a la jurisprudencia, la cual mayoritariamente sostenía la tesis del contrato multiforme, variable o proteiforme; ver, entre muchos otros, los precedentes que se citan: CNCiv., sala K, 28-4-89, L. L. 1989-E-153, y sala A, 18-11-99, L. L. 2000-B-436.

-
- [13] LOVECE, Los contratos de obras y de servicios en el Código Civil de 1871 y en el Proyecto de 2012 cit., ps. 87 y ss.
- [14] SOZZO, C. Gonzalo, Sistema de reparación de daños en materia contractual y reglas del contrato de locación de obra (Especial referencia a la ruina de la obra), en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 2003-2, Sociedades, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 433 y ss.; STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel, Responsabilidad precontractual, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, ps. 129 y ss.
- [15] La advertencia ya estaba presente en el artículo 1630 del Código de Vélez. El mismo disponía que "El que se ha obligado a poner su trabajo o industria, no puede reclamar ningún estipendio, si se destruye la obra por caso fortuito antes de haber sido entregada, a no ser que haya habido morosidad para recibirla, o que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido esta circunstancia oportunamente al dueño. Si el material no era a propósito para el empleo a que le destinaban, el obrero es responsable del daño, si no advirtió de ello al propietario, si la obra resultó mala, o se destruyó por esa causa".
- [16] En él se decía que "A falta de ajuste sobre el tiempo en que debe ser concluida la obra, entiéndese que el empresario debe concluirla en el tiempo razonablemente necesario, según la calidad de la obra, pudiendo en tal caso el locatario exigir que este tiempo se designe por el juez".
- [17] El art. 3º justamente dispone que "El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada".
- [18] Una breve pero interesante reseña de esas críticas anteriores al nuevo Código unificado puede verse en FRUSTAGLI, Sandra, Conexiones entre la noción de proveedor y los legitimados pasivos en la Ley de Defensa del Consumidor, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 2009-1, Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 237 y ss.
- [19] LIMA MARQUES, Cláudia, Comentario al art. 14, en BENJAMIN, Antônio H.; LIMA MARQUES, Cláudia y ROSCOE BESSA, Leonardo, Manual de Direito do Consumidor, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, ps. 288 y ss.
- [20] Este criterio fue sostenido en el X Encuentro de Abogados Civilistas que recomendó que "La prestación profesional de uno de los integrantes de un estudio colectivo puede generar responsabilidad civil concurrente de los demás miembros del grupo cuando el cliente demuestre que ha depositado su confianza en la apariencia de mayor efectividad que supone la actuación en común del equipo o en el prestigio de la persona de su titular, con fundamento en el principio general de la buena fe y en las normas del régimen de defensa del consumidor (arts. 42, CN y arts. 2º y 8º, ley 24.240)". Ver NICOLAU, Noemí L. y HERNÁNDEZ, Carlos A., Algunas consideraciones sobre el ejercicio profesional de la abogacía en grupo, en Revista del Colegio de Abogados de Rosario, 2002, ps. 112 y ss.
- [21] Al respecto puede verse la causa CNCom., sala E, 10-2-2006, "Lloyds TSB. Bank c/F., M. E.", J. A. 2006-III-43, en donde se dijo "Ocasiona un daño moral por su carácter intimidatorio y amenazante la nota con apariencia de cédula judicial que el letrado apoderado del banco enviara a la escuela donde trabajaba la deudora docente, con indicación de la decisión de ejecutar, aviso de embargo, sin indicar monto adeudado ni fijar plazo para recibir el mismo, dando cuenta de la existencia de deuda en mora y de lo infructuoso de las diligencias de cobro intentadas, máxime si la deudora había cuestionado el monto de la deuda".
- [22] La doctrina de la CSJN también ha efectuado interesantes aportes en este sentido. Entre otros precedentes pueden consultarse con provecho los que a continuación se indican, a saber: 8-5-86, "Santa Coloma, Luis F. y otros c/Empresa Ferrocarriles Argentinos", L. L. 1987-A-442 y ss.; "Gunther, Raúl F. c/Ejército Argentino". Más recientemente: CSJN, 11-12-2014, "Maules, Cecilia Valeria c/Unidad de Gestión Operativa de Emergencias SA s/Daños y perjuicios", L. L. 2015-A-321 (con nota de Edgardo Saux), entre muchos otros.
- [23] Sobre la cuestión terminológica ver el aporte de Atilio A. Alterini titulado Soluciones del Proyecto de

Código en materia civil, en L. L. 2012-D-1154.

- [24] Se ha hecho realidad una larga aspiración de nuestra doctrina. Así, ya las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil -Bariloche, 1989- sostuvieron que "De lege lata (por unanimidad): 1. Existe unidad sistemática en materia de responsabilidad civil, a partir del dato de concebir al daño como el centro de gravedad del sistema. 2. No obstante, en el Derecho vigente hay dos ámbitos de responsabilidad: el contractual y el extracontractual. 3. Los presupuestos del deber de reparar son comunes a las dos órbitas de responsabilidad. 4. De las diferencias que marca la doctrina entre las órbitas contractual y extracontractual, algunas son reales, pero contingentes, y otras no son verdaderas. Sin embargo, ninguna debe conceptuarse como sustancial".
- [25] Ver PICASSO, Sebastián, La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación, en Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación, dir. por Ricardo L. Lorenzetti, La Ley, Buenos Aires, 2014, ps. 158 y ss. Puede consultarse, también, GALDÓS, Jorge Mario, Diferencias entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual en el nuevo Código Civil y Comercial, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Número extraordinario, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, ps. 267 y ss.
- [26] Sobre el particular se sostuvo que "Una vez alertados los profesionales de la salud sobre la urgencia del caso, pesa sobre éstos el deber jurídico de obrar, no solamente en función de la obligación de actuar con prudencia y pleno conocimiento impuesto por las normas del Código Civil, sino como consecuencia de la exigibilidad jurídica del deber de asistencia al enfermo que prescriben las normas contenidas en el Código Internacional de Ética Médica, el Código de Ética de la Confederación Médica Argentina y la Declaración de Ginebra" (24-10-89, "Amante, Leonor y otros c/Asociación Mutual Transporte Automotor y otro", Fallos: 312:1953).
- [27] RIVERA, Julio C., La constitucionalización del Derecho Privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial, en RIVERA (dir.) y MEDINA (coord.), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012 cit., ps. 11 y ss.
- [28] CNFed.CC, sala II, 1-2-2005, "R. L. A. c/Hospital Aeronáutico y otro", L. L. 2005-D-755.
- [29] SÁENZ, Luis R. J, en Comentario al artículo 1768, en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, dir. por Marisa Herrera y coord. por Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2015, t. IV, ps. 495 y ss. Puede verse en: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comenta-do/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_IV.pdf.
- [30] Al respecto se afirmó que "La obligación nuclear causada por el contrato médico es de hacer, cuyo contenido es una prestación de diligencia apropiada para la curación, conforme con el nivel de conocimientos científicos existentes al momento de la prestación y las circunstancias de persona, tiempo y lugar, a lo cual cabe adicionar los deberes colaterales de conducta derivados de la buena fe -art. 1198, Cód. Civ.-, entre los que se encuentran los de seguridad, información y consejo (del voto en disidencia parcial del doctor Lorenzetti)". (CSJN, 11-7-2006, "B., R. R. c/Provincia de La Pampa y otro", D. J. 2006-3-853, con nota de Augusto M. Morello; Fallos: 329:2688).
- [31] LÓPEZ MESA, Marcelo J., La apreciación de la conducta de los profesionales según su capacidad y circunstancias y la "lex artis", en L. L. 2016-D-1154.
- [32] CSJN, 13-3-2007, "Albornoz, Luis Roberto y otro c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/Daños y perjuicios", Fallos: 330:748.
- [33] Desde esta perspectiva, Jorge Galdós llega incluso a hablar de una potenciación de la "culpa". Ver su interesante trabajo: ¿El riesgo creado suprimió el régimen de la culpa del Código de Vélez Sársfield?, en Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, t. II, p. 482.
- [34] MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. IV, p. 24.

-
- [35] Recordamos, entre otros, los artículos 578, 627 y 1127. Ver SALAS, Acdeel, en *Juris*, t. 15 (1959), ps. 369 y ss.
- [36] Sobre tales discrepancias doctrinarias puede verse el interesante trabajo de LÓPEZ OLACIREGUI, José M., *La fuerza mayor y la orden del soberano ante la teoría de la responsabilidad civil*, en *J. A.* 1944-IV-311.
- [37] ECHEVESTI, Carlos A., en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dir. por Alberto J. Bueres y coord. por Elena Highton, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, t. 2-A, p. 174.
- [38] En la fundamentación se recordaba que "El concepto de falta de culpa concebido como ausencia de infracción al esquema de diligencia propuesto por el artículo 512, es el que sugirió la doctrina de modo unánime, fundamentalmente cuando analizó el artículo 514, apartado 2º del Proyecto de Código Único de 1987", Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial. Proyecto de 1993, p. 218. Puede agregarse que la fórmula seguida por este Proyecto concordaba plenamente con la recomendación de la Comisión Nº 2 del 1er Congreso Internacional de Derecho de Daños realizado en homenaje al Prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe. Ver *El Derecho Privado en la Argentina. Conclusiones de congresos y jornadas de los últimos treinta años*, Uni-versidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1991, p. 287.
- [39] En las Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (1989) se dijo que "Cuando no resulta suficiente probar la falta de culpa para liberarse de responsabilidad, y se debe acudir para ello a la demostración de una causa ajena, la responsabilidad es objetiva", ídem, p. 273. El agregado fue propuesto por el Dr. Alberto J. Bueres a quien también se atribuye la propuesta legislativa citada; ver MORELLO, Augusto M., con la colaboración de GALDÓS, Jorge, *Indemnización del daño contractual*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 149.
- [40] Ello supone la recepción de un criterio de distribución diferente al de la "carga probatoria dinámica". Al respecto, ver *Fundamentos del Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio cit.*, p. 110.
- [41] MORELLO, Augusto M., con la colaboración de GALDÓS, Jorge, *Indemnización del daño contractual cit.*, p. 150.
- [42] PICASSO, Sebastián y SÁENZ, Luis R. J., en *Comentario a los artículos 1734 y 1735*, en *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado cit.*, t. IV, ps. 441 y ss.; cita electrónica en nota 29. Parece, sin embargo atinada la crítica efectuada por Jorge W. Peyrano, quien luego de ponderar la inclusión de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas al CCyCN afirma que "...no nos parece acertada la redacción de esta última norma en cuanto otorga al juez la facultad de comunicar a una de las partes acerca de que sobre ella recaerá el mayor esfuerzo probatorio. Dicho 'alerta' puede suscitar una compleja problemática procedimental y darle oportunidades al litigante malicioso para que concrete sus designios"; en *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas en el Proyecto*, RDP, 2013-1-83.
- [43] Suele indicarse el ejemplo del bisturí del médico, que sólo provocará la responsabilidad de éste en la medida que sea su titular y presente un defecto del cual derive el daño; ver SÁENZ, en *Comentario al artículo 1768 cit.*, t. IV, ps. 495 y ss.; ver cita electrónica en nota 29. Así, en una causa en donde se juzgaba el daño sufrido por profundas quemaduras en los muslos de una mujer atribuidos a la descarga eléctrica de un electrobisturí en ocasión de la intervención quirúrgica por una doble hernia de disco de la columna vertebral, se dijo que "Un cirujano debe responder por los daños padecidos por un paciente a causa de las quemaduras provocadas por un electrobisturí, pues quedó acreditada la utilización de dicho instrumento y la existencia de las lesiones al salir del quirófano, que no estaban presentes antes de la operación, sin que se hayan aportado elementos de juicio que permitan atribuir las a una causa diferente" (CNCiv., sala E, 19-3-2013, "Ottone, Alicia Rosa c/Federación de Círculos Católicos de Obreros y otros s/Daños y perjuicios", L. L. Online: AR/JUR/6169/2013).
- [44] NICOLAU, Noemí L., en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dir. por Alberto J. Bueres y coord. por Elena Highton, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, t. 4-A, p. 647.

-
- [45] LÓPEZ MESA, Marcelo J., Responsabilidad contractual y extracontractual en la construcción de obras, en Revista de Derecho de Daños, Nº 2004-2, Responsabilidad de los profesionales de la construcción, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 246.
- [46] El uso del participio "realizada" no ayuda para despejar la inquietud, toda vez que da cuenta de un comportamiento tendiente a "Efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción".
- [47] Quizás una línea interpretativa sea resolver el problema atendiendo a la categoría contractual dentro de la cual la obra queda subsumida. Así, si el contrato es de consumo, la duda debería resolverse en el sentido más favorable al consumidor, de modo que cualquier limitación o acotamiento de la atribución no parecería procedente, dada la confianza que aquí pudo haber depositado el comitente en el contratista en orden a la estabilidad del inmueble sometido a refacción.
- [48] LE TOURNEAU, Philippe (dir.), Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, Italie, julio de 2012, ps. 1280 y ss.
- [49] SANTOS MORÓN, en Comentarios a la ley de ordenación de la edificación, dir. por Parejo Alfonso, Tecnos, Madrid, 2001, p. 334.
- [50] CNCiv., sala F, 29-4-91, "Consortio de Copropietarios Avda. Libertador Gral. San Martín 4496/98 c/Edificadora Libertador", L. L. 1992-B-25. En sentido concordante, ver SCJBA, 7-7-98, "Proyectos especiales Mar del Plata Sociedad del Estado c/Seminara SA", L. L. 1998-1357, donde se afirmó que "[p]ara que exista ruina no es necesario que las fallas comprometan la estabilidad o solidez del edificio, pues basta que las deficiencias impidan el normal uso y goce de la cosa, desnaturalicen el fin de la obra o impidan su aprovechamiento adecuado". Igualmente, CNCiv., sala H, 19-12-96, "Barone, Felipe c/Clasca, Ricardo", L. L. 1997-C-250, y más recientemente, entre muchos otros, puede consultarse el valioso precedente dictado por la prestigiosa CCom. de Azul, sala I, 20-5-2014, en autos "F. de G., B. y otro c/C., N. E. s/Daños y perjuicios", en donde se dijo que "...dentro del concepto de 'ruina' se incluyan situaciones muy variadas y que representan distinto grado de peligrosidad para el inmueble y sus moradores [...] que comprende: a) la amenaza de ruina, es decir la posibilidad concreta y previsible de que se produzca un derrumbe; b) el grave daño al inmueble o degradación que pone en compromiso su estabilidad; c) el derrumbe del edificio; d) las filtraciones importantes o humedad generalizada; las rajaduras de muros que excedan las simples fisuras; los hundimientos de pisos; e) la destrucción de un tinglado por la acción de agentes naturales que se ha hecho posible por la insuficiencia de sus anclajes en tierra; f) la ruina parcial. Me permito agregar que en el plano de las hipótesis estos distintos supuestos de 'ruina' pueden presentarse excluyentemente (ej.: una vivienda que sólo presenta una humedad generalizada), conjuntamente (ej.: una vivienda que presenta humedad generalizada y rajaduras de muros) o sucesivamente (una vivienda que en un principio sólo presenta humedad y rajaduras, en una etapa posterior se coloca en situación de 'amenaza de ruina' entendida como riesgo concreto de derrumbe, y finalmente se derrumba)", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2014-X, p. 218.
- [51] LOVECE, Los contratos de obras y de servicios en el Código Civil de 1871 y en el Proyecto de 2012 cit., p. 103.
- [52] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Responsabilidad de los profesionales de la construcción, especialmente por ruina en obras destinadas a larga duración, en Responsabilidad de los profesionales de la construcción, en Revista de Derecho de Daños, Nº 2004-2, p. 22.
- [53] MOEREMANS, Aspectos relevantes... cit., ps. 106 y ss.
- [54] LOVECE, Los contratos de obras y de servicios en el Código Civil de 1871 y en el Proyecto de 2012 cit., p. 105.
- [55] Despejando cualquier duda, a ellos refiere el artículo 2564 del CCyCN, inciso c.
- [56] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Responsabilidad de los profesionales de la construcción,

especialmente por ruina en obras destinadas a larga duración, en Revista de Derecho de Daños, N° 2004-2, p. 37.

- [57] TALE, Camilo, Responsabilidad civil del constructor y de los profesionales de la construcción por ruina de la obra, en Revista de Derecho de Daños, N° 2004-2, ps. 434 y ss.
- [58] HERNÁNDEZ, Carlos A., Sobre algunos aspectos del contrato de obra en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, en RDCCE, Año III, N° 5, octubre de 2012, p. 207.
- [59] CCom. de Paraná, sala II, 25-8-97, "Consortio de Propietarios Santa Fe 588/596 c/Rizzieve Pílon SA", L. L. Litoral 1998-2, p. 262.
- [60] HERNÁNDEZ, Carlos A., El plazo de garantía y caducidad del artículo 1646 del Código Civil. Alcances y antecedentes históricos, en Revista de Derecho de Daños, N° 2004-2, ps. 365 y ss.
- [61] LORENZETTI, Ricardo, Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos, en L. L. 1996-D-1060.
- [62] PICASSO y SÁENZ, en Comentario al artículo 1768 cit., t. IV, ps. 487 y ss.; ver cita electrónica en nota 29.
- [63] "Ante todo, quiero destacar que no se discute en autos -y además está claro en la causa penal- que los médicos demandados tuvieron intervención, más o menos directa, en la atención del paciente en el Hospital Pedro de Elizalde. Esta conexión física es suficiente para tener por conformado el nexo causal en su primera faceta y la adecuación de las consecuencias [...] Visto así el asunto estimo que estoy frente a un caso de responsabilidad colectiva, pues varios médicos 'cohesionados' por pertenecer a una unidad departamental o de 'un servicio' (el de cirugía) constituyen un grupo a los afectos apuntados. Estimo que esta responsabilidad se sustenta en el riesgo y reconoce como límites (o causa de exoneración de ella): 1. Que el interesado no participó en el grupo (imposibilidad de causar el perjuicio, o 2. Quien fue en realidad el verdadero causante del daño"; "Calcaterra, Rubén c/Municipalidad de Buenos Aires y otros" (CNCiv., 24-5-90, L. L. 1991-D-466).
- [64] VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., La responsabilidad civil profesional en el nuevo Código, en L. L. 2015-B-843.

© Rubinzal Culzoni. Todos los derechos reservados. Documento para uso personal exclusivo de suscriptores a nuestras publicaciones periódicas y Doctrina Digital. Prohibida su reproducción y/o puesta a disposición de terceros.