

La Responsabilidad del Abogado en el marco de la Teoría de las obligaciones de resultado atenuadas

Juan Martín Alterini

I INTRODUCCIÓN

El fallo que se comenta implica una importante evolución en tanto establece, con claridad, la naturaleza de la obligación del profesional que asume la dirección letrada de un justiciable, ya que pone de resalto que «la responsabilidad profesional del abogado, por regla, debe ser analizada bajo la normativa aplicable a las obligaciones de resultado atenuadas» (del voto del Dr. Giardulli)¹, en una cuestión que carece de normas específicas que regulen su tratamiento en el Código Civil vigente.

Es decir, entonces, que el espíritu innovador del fallo se traduce en un importante avance que supera la clásica distinción binaria y rígida entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, y coloca las cosas en su justo lugar puesto que, entre un extremo y el otro, se encuentran diversas situaciones que merecen un tratamiento jurídico diferente.

Como punto de partida se hará un breve relato del caso para luego seguir con la clasificación de las obligaciones. Sobre esa base se formularán algunas reflexiones respecto de la teoría de las cargas probatorias dinámicas como así también será objeto de un breve análisis el tópico de las responsabilidades profesionales en el Proyecto de Código Civil de 1998, insoslayable en nuestros días. Finalmente, se propondrán algunas conclusiones respecto del tema y de su inserción en la jurisprudencia nacional.

II EL CASO

La causa se inicia con motivo del rechazo, por parte del Tribunal de Alzada, de dos rubros que integraban la cuenta indemnizatoria a la que tenía derecho la aquí actora en un pleito anterior. Más precisamente, la omisión de reclamarlos en la demanda originó que no fueran objeto de análisis puesto que hacerlo - así lo entendió la mayoría del Tribunal- implicaría una violación al principio de congruencia consagrado en nuestro ordenamiento positivo. Ello entendiendo que las formas también son una garantía constitucional y, el “carácter constitucional del principio de congruencia, como expresión de la defensa en juicio y del derecho de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos, vedando no sólo el pronunciamiento sobre peticiones o defensas no postuladas por las partes, sino también la desviada consideración de hechos conducentes, contenidos en las alegaciones formuladas por aquéllas en los escritos constitutivos del proceso” (CSJN, 7/7/98, “Siciliano, Martha y otros v. Club el Moro”).

Es que con la interposición de la demanda “queda fijada, en principio, la materia sobre la que el Juez va a fallar, ‘ni más ni menos de lo pedido’ por aplicación del principio de congruencia (art. 163, inc. 6° y 34, inc. 4°, C.P.C.N.), y porque en la contienda judicial hay en jue-

1) Es apropiado resaltar que la totalidad de los miembros del Tribunal ha arribado a la misma conclusión ya que la Dra. Lozano, quien votó en primer término y en minoría, no discrepó respecto de la naturaleza jurídica de la obligación en tanto dijo que “si de letrados patrocinantes se trata debemos ubicarnos en las llamadas obligaciones de resultado atenuadas en las que el deudor queda liberado si acredita su conducta diligente (cfr. Alterini, Ameal y López Cabana, Curso de Obligaciones - t° 1- Buenos Aires, 1993, pág. 216)”.

go variados derechos de raigambre constitucional”² lo cual ya fue señalado por el más alto Tribunal.

La víctima de la mencionada omisión inició una acción por mala praxis profesional que terminó con la correspondiente condena.

III LA CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES.

El origen del distingo entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado pertenece a René Demogue, quien sostenía que hay casos en los cuales el deudor de una obligación contractual se compromete a obtener un resultado determinado y que, en el supuesto de no ser logrado, debe demostrar el caso para liberarse de responsabilidad (clásica obligación de resultado); así como que hay otros casos en los cuales, por lo contrario, el hecho de no concretar el fin perseguido, por sí solo, no genera responsabilidad salvo que el acreedor demuestre la culpa del deudor³. El innegable mérito reconocido a la doctrina elaborada por el jurista francés finca en “haber puesto de relieve la trascendencia de la pulcra delimitación del contenido de las obligaciones, en conexión con las reglas de la carga de la prueba”⁴. De allí que la prístina distinción tenía consecuencias, quizá las más trascendentes, en cuanto al régimen probatorio en una y en otra clase de obligaciones. Así se ha dicho que, dentro de la rígida concepción, “en las obligaciones de resultado (determinadas), basta al acreedor probar que el resultado no ha sido alcanzado, y es el deudor quien ha de demostrar la causa ajena; en las obligaciones de medios (de prudencia y diligencia) el acreedor debe llevar a cabo la difícil prueba de la negligencia o la impericia del deudor”⁵.

En la doctrina nacional se sostiene que, tanto en las obligaciones de medios como en las de resultado, “el régimen probatorio es siempre el mismo: al acreedor que quiere hacer valer una responsabilidad contractual le incumbe probar el ‘incumplimiento’ del deudor, sin necesitar demostrar además que tal incumplimiento le es ‘imputable’ al deudor, pues ello es lo que la ley presume. Es cierto que para establecer el ‘incumplimiento’ en las obligaciones de medios, hay que llegar hasta la demostración de la culpa del deudor, pero ello es la consecuencia de la distinta naturaleza del objeto debido que no permite escindir el ‘incumplimiento’ de la ‘culpa’, pues en estas obligaciones el incumplimiento consiste en la culpa del deudor. Por el contrario, en las obligaciones de resultado que permiten efectuar esa separación, el acreedor no necesita llegar hasta la prueba de la culpa del deudor pudiendo limitarse a lo que le incumbe acreditar que es el ‘incumplimiento’ del obligado»⁶, “pues probado el incumplimiento en una obligación de medios, éste siempre será imputable”⁷.

Así, en lo que respecta a la responsabilidad profesional, cobra plena virtualidad la aludida presunción⁸ siendo, en definitiva, una carga del deudor la acreditación de su diligencia, ya que la obligación es, como sentenció el Tribunal, de resultado atenuada.

En este sentido es conveniente poner de resalta dos aspectos esenciales para comprender el sentido de la subclasificación: en primer lugar debe escindirse la idea de obligación de resultado de la de opus, y en segundo, hay que desechar el factor de atribución para calificar la naturaleza de la obligación. Sólo así podrá concebirse a la obligación de resultado atenuada como

- 2) Tanzi, Silvia Y.- Alterini, Juan Martín, *La demanda de daños. Aspectos Civiles y Procesales*, Buenos Aires, 1999, pág. 23.
- 3) Demogue, René, *Traité des obligations en général*, tº V, París, 1925, pág. 538.
- 4) Alsina Atienza, Dalmiro, *La carga de la prueba en la responsabilidad del médico: obligaciones de medio y de resultado*, JA 1958-III, pág. 587; Alterini, Jorge Horacio, *Obligaciones de resultado y de medios en Enciclopedia Jurídica Omeba*, tº XX, Buenos Aires, 1990, pág. 704, quien agrega: “La construcción de Demogue tiene el valor de haber penetrado por senderos que se consideraban suficientemente explorados, de haber indicado nuevos rumbos a quienes abordaran problemas probatorios y aun el de haber desbrozado algunas dificultades”.
- 5) Cabanillas Sánchez, Antonio, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, pág. 144.
- 6) Llambias, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil - Obligaciones*, tº 1, Buenos Aires, 1973, págs. 212 y sigs.
- 7) Yzquierdo Tolsada, Mariano, *La Responsabilidad Civil del Profesional Liberal*, en Bueres, A. J. (Director), *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1998, pág. 394. Este autor considera que la culpa no es presumida en las obligaciones de resultado sino que, directamente, “no nos interesa su evaluación”; se refiere, claro está, a las obligaciones de resultado ordinarias o de régimen normal.
- 8) Cabanillas Sánchez, en alusión a una sentencia dictada el 21-12-1978 por el Tribunal de Casación italiano, nos dice: “el criterio adoptado (...) es bastante similar al que en el mundo anglo-americano se designa con la fórmula *res ipsa loquitur*” y agrega: “En el Derecho francés, a pesar de afirmarse constantemente que la obligación del médico es normalmente de medios, se ha destacado la influencia en la jurisprudencia de la máxima del *Common Law res ipsa loquitur* al ser sensibles los tribunales a las dificultades probatorias que plantea la responsabilidad médica (...) por lo que la constatación del daño hace presumir que se ha obrado culposamente”; Cabanillas Sánchez, Antonio, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, pág. 164 y sigtes.

aquélla en la que el deudor se exime de responder acreditando su diligencia y más allá del resultado obtenido.⁹

Ahora bien, conforme al meduloso y detallado análisis efectuado por la profesora Claudia Brizzio en el primer número de esta publicación¹⁰ -que cita el Dr. Giardulli en su voto- en el sistema argentino corresponde emplear una subclasificación de las obligaciones de resultado: obligaciones de resultado ordinarias o de régimen normal; obligaciones de resultado atenuadas; y obligaciones de resultado agravadas.¹¹

En las obligaciones de resultado ordinarias o de régimen normal el deudor se exime de responsabilidad demostrando la concurrencia del caso fortuito o, genéricamente, la ruptura de la relación causal; “quien demanda debe probar el título (art. 499, Cód. Civ.) y el daño sufrido”¹², por lo cual se presume la relación causal de la autoría del daño atribuida al deudor, quien sólo se libera acreditando la fractura de dicha relación causal. A su vez, en las obligaciones de resultado atenuadas el deudor se exime de responsabilidad ante el incumplimiento probando que obró de manera diligente; “en esta clase de obligaciones cobra plena virtualidad la presunción de culpa señalada con anterioridad, de modo tal que el incumplimiento se funde con la culpa hasta el punto en que, acreditado aquél, ésta es presumida por la ley”¹³. En las obligaciones de resultado agravadas, en cambio, es “menester probar la incidencia de un hecho que rompa la relación causal, ese hecho es calificado, pues no basta acreditar el caso fortuito o fuerza mayor

genéricos”,¹⁴ como, por ejemplo, en el caso de extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor, situación regulada por la ley 20.744 (art. 247): “En el caso de falta de trabajo la ley requiere que se pruebe en forma fehaciente tanto la falta de trabajo como la situación que la determinó, y debe ser ajena al empleador, pues los riesgos de la empresa corren por su cuenta”.¹⁵

En las obligaciones de medios «no hay derogación de la presunción de culpa»¹⁶, sino que la ley presume la culpa si ha quedado establecido el incumplimiento y no hay manera de establecer dicho incumplimiento si no es mediante la prueba de la culpa.¹⁷ Es decir, entonces, que el modo de probar el incumplimiento de una obligación de medios es la acreditación de la «omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar» (art. 512, Cód. Civ. argentino; conf. art. 1.103, Cód. Civ. español; conf. art. 1320, Cód. Civ. peruano).

De lo hasta aquí expuesto aparece con claridad que la subclasificación propugnada se aparta, como se dijo, de considerar que la realización de un opus es propia de toda obligación de resultado, claro está, en su concepción clásica, la cual “no conforma un edificio de sólidos cimientos e inmutables estructuras”.¹⁸

No es ocioso señalar que esta nueva concepción ha sido objeto de críticas, una de las cuales, la más importante, es la sostenida por el profesor Bueres a quien

- 9) Lo señalado no obsta a que el resultado sea de trascendencia, pero no en la obligación del profesional, quien sólo debe actuar con la diligencia debida de acuerdo con las circunstancias de tiempo, lugar y personas. Entiéndase bien, el profesional no tiene que ganar el pleito, debe guiar la asistencia conforme a las reglas propias de la ciencia.
- 10) Brizzio, Claudia R., La obligación de resultado del banco en el contrato de cajas de seguridad. Con acotaciones sobre el Proyecto de Código Civil de 1998, en Responsabilidad Civil y Seguros, ed. La Ley, tº 1999, pág. 321.
- 11) La moderna doctrina francesa distingue: a) obligaciones de resultado ordinarias (Starck, Boris - Roland, Henri - Boyer, Laurent, Droit Civil. Les obligations, tº 2, Paris, 1986, Nº 1395, pág. 487) o de régimen normal (Larroumet, Christian, Droit Civil. Les obligations, 1ª parte, Nº 610, pág. 556); b) obligaciones de resultado atenuadas (Viney, Geneviève, La responsabilité: Conditions, Paris, 1982, Nº 534, pág. 639) o aligeradas (Marty, Gabriel - Raynaud, Pierre, Droit Civil. Les obligations, tº 1, Paris, 1988, Nº 535, nota 3, pág. 660); y c) obligaciones de resultado agravadas (Viney, ob. cit., lug. cit), absolutas (Starck - Roland - Boyer, ob. cit., Nº 1394, pág. 487) o de régimen severo (Larroumet, ob. cit., Nº 614, pág. 565). Ver Alterini, Atilio Aníbal, El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual, en Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Nº 1 (1990), pág. 16.
- 12) Brizzio, Claudia R., La obligación de resultado del banco en el contrato de cajas de seguridad. Con acotaciones sobre el Proyecto de Código Civil de 1998, en Responsabilidad Civil y Seguros, ed. La Ley, tº 1999, pág. 324.
- 13) Alterini, Juan Martín, La prueba de la culpa en el Proyecto de Código Civil de 1998 en Las Instituciones del Derecho Privado moderno y el Proyecto de Código Civil de 1998, Buenos Aires, 2001, en prensa.
- 14) Alterini, Atilio A. - Ameal, Oscar J. - López Cabana, Roberto M., Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, 1998, pág. 190; Brizzio, Claudia R., La obligación de resultado del banco en el contrato de cajas de seguridad. Con acotaciones sobre el Proyecto de Código Civil de 1998, en Responsabilidad Civil y Seguros, ed. La Ley, tº 1999, pág. 325.
- 15) Fernández Madrid, Juan C. - Caubet, Amanda B., Leyes fundamentales del trabajo, Buenos Aires, 1998, pág. 121.
- 16) Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, tº 1, Buenos Aires, 1973, pág. 213.
- 17) Conf. Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, tº 1, Buenos Aires, 1973, pág. 213, quien agrega: «Esto significa no que la presunción de culpa haya quedado derogada con respecto a las obligaciones de medio, sino que no hay necesidad de recurrir a ella pues queda suplida en razón de la propia naturaleza de las cosas, por la efectiva demostración de la existencia de esa culpa».
- 18) Alterini, Jorge Horacio, Obligaciones de resultado y de medios en Enciclopedia Jurídica Omeba, tº XX, Buenos Aires, 1990, pág. 704.

sigue el profesor Picasso. Para esta postura el eje de la cuestión quedaría definido por el factor de atribución: si éste es subjetivo, la obligación es de medios, por lo contrario, si el factor de atribución es objetivo, se trata de una obligación de resultado. Sin ánimo de agotar la cuestión con esta breve referencia, pareciera que se trata de un claro desencuentro terminológico¹⁹ puesto que, lo que en el criterio de clasificación de las obligaciones que propugna una parte de nuestra doctrina es una obligación de resultado atenuada, para esta otra postura sería una «obligación de medios con carga probatoria invertida»²⁰. Por lo cual ambas confluyen en el no poco importante régimen probatorio en esta clase de obligaciones: la carga de la prueba está a cargo del deudor y el contenido de esa prueba es su diligencia²¹. Debe insistirse en que el régimen probatorio no pareciera ser un tema menor puesto que hace a la esencia de la responsabilidad, entendiendo como responsable a quien debe soportar una acción tendiente a indemnizar a la víctima del incumplimiento, con las limitaciones que impone el mismo sistema en el cual, como enseñaba el profesor Roberto López Cabana, “por regla la reparación debe ser plena en todos los ordenamientos jurídicos, pero su plenitud está condicionada en cada uno de ellos”.²²

Lo señalado concuerda con las conclusiones de las I Jornadas Provinciales de Derecho Civil, Mercedes, Provincia de Buenos Aires, 1981: «en el tema de la responsabilidad profesional es relevante la determinación

de la carga de la prueba»; asimismo, no puede dejar de recordarse el II Encuentro de Abogados Civilistas, Santa Fe, 1988, en el que se estableció que «cuando la responsabilidad se sustenta en la culpa, en orden a las circunstancias del caso, alcance de la pretensión y defensas, situación privilegiada en materia técnica, etcétera, el profesional tiene la carga exclusiva o concurrente de acreditar su diligencia».

También, ya con relación a los eximentes, en el citado Encuentro se sostuvo que «cuando la responsabilidad es subjetiva, el profesional se exime demostrando que de su parte no hubo culpa; cuando es objetiva, debe acreditar necesariamente una causa ajena», criterios éstos que han merecido favorable acogida por parte del Tribunal.

De allí que, cuando se está en presencia de una obligación de resultado atenuada²³, la liberación del deudor -mediante la acreditación de su conducta diligente- «resulta de las bases del sistema, que asigna responsabilidad en razón de la culpabilidad (art. 511, Cód. Civ.), y ha sido aplicado en casos de obligaciones de seguridad de medios, como las que pesan sobre el explotador de juegos de feria, al que se considera liberado si prueba su diligencia (CNCiv, Sala C, LL 1988-C-107; Sala D, ED 74-172)»²⁴. Y “probar la ausencia de culpa supone evidenciar que las precauciones normalmente requeridas y los actos que ordinariamente debían conducir al resultado concreto deseado por el cliente se han cumplido”. [25]

***“... La carga de la prueba
está a cargo del deudor y el
contenido de esa prueba es
su diligencia.”***

- 19) Frecuentemente “Los autores emplean el mismo lenguaje para exponer ideas diferentes. Esta observación es aplicable a la Moral y a la Jurisprudencia tanto como a la lógica”: Mill, John Stuart, Prefacio de Sistema de Lógica inductiva y deductiva, trad. E. Ovejero y Maury, Madrid, 1917, cit. por Alterini, Atilio A., Responsabilidad civil, 3ª ed., Buenos Aires, 1987, pág. 66, nota 93.
- 20) Para un mayor análisis de la cuestión ver Picasso, Sebastián, Obligaciones de medios y de resultado, JA 1996-II pág. 713 y las citas allí efectuadas.
- 21) Se trata de la diligencia razonable, conforme a los alcances de la relación jurídica apreciados según el standard de buena fe, y a la ecuación económica del contrato: Brizzio, Claudia R., La obligación de resultado del banco en el contrato de cajas de seguridad. Con acotaciones sobre el Proyecto de Código Civil de 1998, en Responsabilidad Civil y Seguros, ed. La Ley, tº 1999, pág. 330.
- 22) López Cabana, Roberto M. Limitaciones a la íntegra reparación del daño en La Responsabilidad, Libro Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 280. Este querido jurista, que ha perdido recientemente la doctrina jurídica nacional e internacional, se ha ocupado incansablemente del tema de la limitación a la íntegra reparación, sirva como ejemplo Limitaciones a la Reparación Plena en La Responsabilidad, Medellín, Colombia, 1995; La atribución objetiva del deber de reparar con indemnización limitada en la proyectada unificación de la legislación civil y comercial en Alterini, Atilio A. - López Cabana, Roberto M. Cuestiones modernas de Responsabilidad Civil, La Ley, Buenos Aires, 1988, entre tantas otras publicaciones.
- 23) O, como vimos, de una obligación de medios con la carga probatoria invertida, que en definitiva, llega a lo mismo.
- 24) Alterini, Atilio A., Carga y contenido de la Prueba, en Alterini, Atilio Aníbal - López Cabana Roberto M., Temas de Responsabilidad Civil, Buenos Aires, 1995, pág.164.
- 25) Esmein, citado por Yzquierdo Tolsada, Mariano, La Responsabilidad Civil del Profesional Liberal, en Bueres, A. J. (Director), Responsabilidad civil, Buenos Aires, 1998, pág. 396.

Por ello, más allá de las cuestiones terminológicas que puedan suscitarse, lo cierto es que parecería más acertado abrir el panorama de la clasificación de las obligaciones, con lo cual se podría dar a cada matiz su correcta denominación —con todo lo que ello implica— como lo hizo en la sentencia comentada la Sala L de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al sostener que el carácter de la obligación profesional no está ni en un extremo ni en otro, sino simplemente entre ambos.

IV. LA TEORÍA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS.

Dentro del régimen probatorio es menester precisar algunas particularidades de la teoría de las cargas probatorias dinámicas. En el sistema procesal vigente, por principio, cada una de las partes debe probar —tiene la carga de hacerlo— los presupuestos de hecho de la norma que invoca²⁶. Excedería el marco de este trabajo realizar un análisis detallado sobre los hechos exentos de prueba y las demás particularidades relacionadas con la cuestión. Ergo, es necesario desarrollar —someramente— esta teoría en tanto ha sido aplicada por nuestros tribunales, especialmente en los procesos por mala praxis profesional.

La teoría encuentra su fundamento en la injusticia que implicaría obligar a quien se encuentra en una evidente debilidad probatoria, precisamente, a probar el presupuesto de hecho de la norma que alega cuando la otra parte se encuentra en una situación mucho más cómoda. Entonces, por aplicación de los principios de buena fe, solidaridad y colaboración, aparece la teoría de la carga probatoria dinámica, según la cual le incumbe probar a quien se encuentre en mejores condiciones para hacerlo. “Desde esta perspectiva, se privilegia la posición de la parte más necesitada, por estar en peores condiciones para arrimar la prueba pertinente”²⁷ creándose,

a la postre, un contrapeso balanceado: las particularidades de cada caso harán recaer en uno u otro de los litigantes el deber de probar.

La aplicación de esta teoría por parte de los tribunales ha merecido la crítica de Eisner, en tanto sostiene que debería imponerse el deber del Juez de anticipar cuál es su criterio y, de ese modo, no sorprender a las partes al momento de valorar las pruebas rendidas en el proceso. Pero “sinceramente, no advertimos la gravedad que se le achaca a la perplejidad del litigante ya que éste debe saber que tiene que probar todo lo que interesa a su derecho, sin adoptar una actitud pasiva cuando la carga no le es impuesta categóricamente”²⁸, máxime a la luz de los principios procesales que imponen la colaboración en el desarrollo del pleito.

Lo cierto es que dicha doctrina de las “cargas probatorias dinámicas” en materia de responsabilidad profesional “hizo pie en el consenso general y fue bien recibida como una vía idónea para ‘aliviar’ un tanto el a veces desmesurado esfuerzo probatorio exclusivo a cargo de la actora, arbitrando así una suerte sino de inversión de la carga probatoria, al menos un relevamiento parcial”²⁹.

En lo que atañe a la labor legislativa no es ocioso recordar algunos proyectos de Códigos Civiles y Procesales que —de un modo u otro— fijan la aplicación de los efectos de la obligación de resultado atenuada en los casos de la responsabilidad profesional. Por caso, el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987, que en su art. 1625, inc. 2º, establecía: “En caso de controversias queda a cargo del profesional la prueba de haber obrado sin culpa en los términos del art. 514”³⁰; el Proyecto de Reforma al Código Civil de 1993 establecía la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas para la prueba de la culpa o de la diligencia³¹, como así también lo hacía el Anteproyecto de

26) Es importante señalar que en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el Código Contencioso Administrativo y Tributario —que regula el trámite del proceso en todas las causas, tanto de Derecho Público como de Derecho Privado, en las que el Estado local sea parte (art. 2º)— establece en cuanto a la carga de la prueba un régimen similar al del art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Así, el art. 301 dispone que “Incumbe la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes tiene la carga de probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no ha sido probada, el tribunal puede investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio”.

27) Morello, Augusto M., *La Prueba. Tendencias modernas*, Buenos Aires, 1991, pág. 87.

28) Arazi, Roland, *Derecho Procesal Civil y Comercial -Partes general y especial-*, Buenos Aires, 1995, pág. 304.

29) Peyrano, Jorge W. *Aspectos Procesales de la Responsabilidad Profesional*, en *Las Responsabilidades Profesionales*. Libro Homenaje al Dr. Luis O. Andorno, Buenos Aires, 1992, pág. 264.

30) Como lo enseña Gesualdi, “se buscó desplazar la carga de la prueba hacia quien está en mejores condiciones de hacerlo, como medio de tender a la satisfacción del principio solidarista base del derecho de daños, que persigue proteger a la víctima”; *La Prueba de la Culpa en la Responsabilidad Profesional*, en *Las Responsabilidades Profesionales*. Libro Homenaje al Dr. Luis O. Andorno, Buenos Aires, 1992, pág. 259. También, por otra parte, nótese que en la letra del artículo citado aparece la ya señalada “presunción de culpa” que engendra todo incumplimiento de una obligación, ya sea de medios o de resultado.

31) Conforme al art. 1154: “Salvo disposición en contrario la carga de acreditar los hechos constitutivos de la culpa y los demostrativos de la no culpa pesa sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentra en situación más favorable”.

Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires³²; con relación a la prueba del pago y de los factores de atribución, el Proyecto de Reformas al Código Civil de 1998 la consagra expresamente³³; el Código General del Proceso Uruguayo atribuye al Tribunal la facultad de distribuir la carga de la prueba³⁴. Finalmente, ya ha sido instaurada por el Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y de Minería de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur³⁵, y por el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes -cuya entrada en vigencia operó el día 1º de junio de 2000-, que incorpora expresamente a esta teoría como regla.³⁶

Tales incorporaciones responden, sin duda, a que “en el moderno derecho procesal se acabaron las reglas absolutas en materia de carga probatoria, por el contrario predomina el principio de las cargas probatorias dinámicas según el cual, se la coloca en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla; no hay conceptos rígidos sino búsqueda de la solución justa”³⁷. En otras palabras, “en una bien entendida funcionalidad del principio de cooperación, el que a su vez se inserta en el más comprensivo de la solidaridad, y ambos en el de la buena fe, se determina que la prueba pueda recaer en cabeza de la parte que encuentre en

mejores condiciones de aportar las medidas de convicción”.³⁸

No puede dejar de mencionarse que el Proyecto de Código Civil de 1998 ha innovado en tanto incorporó reglas procesales al derecho de fondo. Ambos, tanto el fondo como la forma, se encuentran indisolublemente ligados y la difícil tarea de lograr que no medie ofensa constitucional, ni metodológica ha sido satisfactoriamente cumplida³⁹. Quizá uno de los aspectos más loables que tiene el Proyecto en materia procesal ha sido el de lograr “el reencuentro de senderos separados que había llevado demasiado lejos la autonomía de la ciencia procesal, respecto de las normas materiales”⁴⁰ o, en otros términos, “se proyecta una interesante complementación entre el derecho de fondo y el procesal”.⁴¹

Regresando al caso en comentario, si el Tribunal hubiera adoptado la teoría de las cargas probatorias dinámicas la solución, también, habría sido la misma: el demandado debería haber acreditado que de su parte no hubo culpa. Pero, entiéndase bien, el hecho de que no se haya aplicado esta teoría y se haya adoptado la correcta denominación de la obligación -con el consiguiente régimen probatorio- implica un marcado avance habida cuenta de la carencia de normas que regulen la responsabilidad profesional en especial.

- 32) Art. 366: “Carga de la prueba (...). Las directivas para el juez contenidas en esta norma se adecuarán, asimismo, a una mayor exigencia del deber de colaboración de las partes, según les sea a éstas más cómodo aportar las evidencias o esclarecer las circunstancias de los hechos controvertidos o si, por razón de la habitualidad, especialización u otras condiciones, la atención de la carga ha de entenderse que es a esa parte a quien corresponde, según las particularidades del caso”.
- 33) El art. 829 dispone: “... Cuando las circunstancias especiales del caso lo justifican, el tribunal puede distribuir la carga de la prueba del pago ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla”. Por su parte, el art. 1619 del mismo cuerpo establece respecto de los factores de atribución: “... 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”.
- 34) El art. 139.2 establece: “... La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba”.
- 35) Cuyo artículo 375.2 expresa: “La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba”.
- 36) Art. 377: “... Las directivas contenidas en esta norma [similares a las del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación] se adecuarán al deber de colaboración de las partes, si, por razón de la habitualidad, especialización u otras condiciones, la atención de la carga ha de entenderse que es a la parte contraria a quien corresponde según las particularidades del caso ...”.
- 37) SCMendoza, Sala I, 18-9-1991, ED, 147-373.
- 38) Gesualdi, Dora Mariana, La Prueba de la Culpa en la Responsabilidad Profesional, en Las Responsabilidades Profesionales. Libro Homenaje al Dr. Luis O. Andorno, Buenos Aires, 1992, pág. 250.
- 39) Enseña Morello: “El Proyecto innova copernicamente en el sentido de acoplar, de manera integral y no divisible, un cuerpo extensísimo de normas, principios y pautas de derecho procesal, con reglas, guías interpretativas y estándares de aplicación para la mayoría de las situaciones y relaciones jurídicas de fondo. A las que procura adjudicarle un andamiaje instrumental o de procedimiento, encaminado a facilitar los resultados útiles de la jurisdicción y la tutela efectiva de los derechos subjetivos e intereses legítimos. Constitucionalmente, no nos parece que sea objetable ni, tampoco, susceptible de enjuiciarse por razones de política legislativa, de conveniencia u oportunidad”; Morello, Augusto M., Lo Procesal en el Proyecto Unificado de Derecho Civil y Comercial de 1998 en Anticipo de “Anales”-Año XLIV, Segunda Época-Número 37, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Abril de 2000.
- 40) Morello, Augusto M., Lo Procesal en el Proyecto Unificado de Derecho Civil y Comercial de 1998 en Anticipo de “Anales”-Año XLIV, Segunda Época-Número 37, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Abril de 2000.
- 41) Rivera, Julio César – Medina, Graciela La oportunidad de la Reforma del Derecho Privado, Suplemento La Ley, Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Buenos Aires, febrero de 2001, pág. 9.

V. EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998.

En estos días se encuentra a consideración del Congreso Nacional la sanción del Proyecto de Código Civil presentado por la Comisión designada por el Decreto 685/95 e integrada por los Profesores Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefá Méndez Costa, Julio Cesar Rivera y Horacio Roitman. Son necesarias algunas consideraciones históricas con anterioridad al tratamiento de la responsabilidad profesional.

Cincuenta años antes de la entrada en vigencia del Código Civil argentino, el General José de San Martín asumió el mando total del Perú entrando en Lima como Libertador y recibiendo el título de "Protector"⁴². En 1878, un año antes de la sanción del Código Civil, el General Julio Argentino Roca -Ministro de Guerra- presentó un Proyecto ante el Congreso de la Nación cuyo mensaje de elevación decía textualmente: "Es necesario (...) ir directamente a buscar al indio en su guarida, para someterlo o expulsarlo, oponiendo enseguida, no una zanja abierta en la tierra por la mano del hombre, sino la grande e insuperable barrera del río Negro, profundo y navegable en toda su extensión, desde el océano hasta los Andes"⁴³. De allí puede hacerse una composición histórica que permita entender la antigüedad y el sentido de las disposiciones del Código y el evidente vacío frente a situaciones que, por cuestiones de seguridad jurídica, es necesario legislar.

Continuando con la composición, más precisamente en el año en que entró en vigencia el Código de Vélez, "se instituye y se disuelve la Comuna de París. El avance industrial invita a toda clase de aventuras. El hombre quiere saber cómo es el mundo que habita (...) y Darwin publica 'El origen del hombre' (...) Se instala la Escuela Normal de Paraná y en Córdoba se inaugura la Primera Exposición Nacional. El levantamiento entrerriano de López Jordán concluye en la batalla de Ñaembé. Chile comienza una campaña de agitación por presuntas reivindicaciones y la oposición parlamentaria trata de aprovechar el tema. Sarmiento replica elevando a gobernaciones toda la zona: la de la Patagonia, hasta el río Santa Cruz, y la de Magallanes, que incluye a Tierra del Fuego. Los chilenos siguen establecidos en Punta Arenas, zona que ocuparon durante el gobierno de Rosas. Es un año dedicado la educación: se fundan más de 1.000 escuelas primarias y nacen las primeras escuelas

normales, colegios nacionales y cursos nocturnos. Se crean también Escuelas de Agronomía, Arboricultura y Minería. Se funda la Escuela Naval y se forma la primera Escuadra de Guerra. Aparecen este año los Rémington y las ametralladoras.

Declara Pellegrini: 'Es necesario que en la República se trabaje y se produzca algo más que pasto'. Se amplían los servicios de aguas corrientes y en la Plaza Lorea se levanta una torre de hierro con un tanque con capacidad para un millón cien mil litros (...) se calcula que existe una librería por cada cien billares, y una librería entre ciento cincuenta pulperías.

Imprevistamente sobreviene la epidemia de fiebre amarilla. En un principio se piensa que el flagelo castigará sólo a los conventillos, pero en su avance el mal alcanza los barrios aristocráticos. Con un municipio incapaz muy pronto el vecindario pide la creación de una junta de salud pública. La Comisión Popular se integra con figuras como Roque Pérez, Adolfo Alsina, Juan Carlos Gómez, Guido y Spano, Irigoyen, Mitre, Quintana y otros (...) El pánico domina a la ciudad y comienza el éxodo. En pocos días la ciudad queda reducida a 60.000 personas y en abril los muertos son más de 8.000. Las industrias se paralizan como también las instituciones: no funcionan las escuelas, los bancos, los teatros, los tribunales, la aduana, etcétera, durante un mes. Los negocios abren durante escasas horas y los víveres escasean.

Al duro panorama se suma una lluvia 'diluviana' (...) hay abnegación a montones y mártires por ella: Manuel Argerich, Roque Pérez, Francisco López Torres, Florencio Ballesteros, Francisco Muñiz, Francisco Riva, Adolfo Señorans y centenares más. El saldo es de 13.614 muertos"⁴⁴. Por otra parte, recién transcurridos diez años desde la entrada en vigencia del Código de Vélez -en 1881- se izó por primera vez la bandera argentina frente al lago Nahuel Huapi.⁴⁵

En este contexto y con esa realidad histórica en el que el mundo no conocía ni los vehículos automotores ni la luz eléctrica, entró en vigencia el Código que a comienzos del Siglo XXI, sigue regulando nuestra vida civil.

Entendiendo que, con el paso del tiempo, se precisa una «reconstrucción, después del derrumbe de las instituciones inadaptadas»⁴⁶, el Proyecto de Código Ci-

42) www.historiadelpais.com.ar/1821.html

43) "Guión de la Sala de Conquista del Desierto", Museo de la Patagonia, Intendencia del Parque Nacional Nahuel Huapi, Asociación Amigos del Museo.

44) www.historiadelpais.com.ar/1871.html

45) "Museo de la Patagonia", Intendencia del Parque Nacional Nahuel Huapi.

46) Bertrand, E., *L'esprit nouveau des lois civiles*, Paris, 1984, pág. 117.

vil de 1998 “ha venido a llenar un vacío actualmente existente en nuestro derecho positivo, dado que el Código Civil no contempla específicamente el supuesto de la responsabilidad civil de los profesionales”⁴⁷, y ésta ha tenido que ser caracterizada por la labor jurisprudencial y doctrinal.

Más precisamente, la legislación proyectada se ocupa específicamente del tema dedicándole un párrafo completo titulado “De los profesionales liberales”. Así, el art. 1681 establece claramente que “Las actividades del profesional liberal están sujetas a las reglas de las obligaciones de hacer. Sus alcances resultan de lo convenido; [en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, pero independientemente de su éxito] salvo que se haya comprometido cierto resultado concreto; de las disposiciones dictadas en ejercicio del poder de policía; y de las normas éticas que regulan el ejercicio de la profesión”.

La letra del artículo es clara y parece importante destacar algunos aspectos: En primer lugar habrá que estar a las convenciones hechas entre las partes, quienes pueden regular los términos de la contratación. En segundo lugar, salvo que se haya comprometido un resultado concreto, el profesional se obliga a desplegar cierta actividad sin garantizar el éxito pero sí su obrar diligente. Ello ya que “ni el médico puede asegurar que va a curar al enfermo, ni el abogado que va a ganar el pleito, sino que únicamente se comprometen a cumplir una prestación eficiente e idónea, con ajuste a los procedimientos que las respectivas técnicas señalen como los más aptos para el logro de esos fines, pero sin poder dar certeza de que ellos se puedan alcanzar”⁴⁸. La carga de la prueba pesará, por regla, sobre el profesional, quien deberá acreditar el casus si garantizó el éxito, o solamente su diligencia si sólo comprometió la eficacia. En otros términos, el Proyecto incorpora legislativamente la solución del régimen de la obligación de resultado atenuada para este último supuesto.

Por lo demás, no puede dejar de resaltarse que el régimen queda circunscripto a la obligación de hacer, en la cual “el deudor debe realizar una actividad” (art. 725 del Proyecto).

Otro punto importante está constituido en la exclusión de las reglas aplicables a las cosas riesgosas, “salvo si el riesgo de la cosa deriva de su vicio”; y a las actividades especialmente peligrosas tal cual lo expresa el art. 1682.

No obstante ello, el artículo 1668 establece que “quien realiza una actividad, se sirve u obtiene provecho de ella, tiene a su cargo la obligación tácita de seguridad: a) Si de la actividad, o de un servicio prestado en razón de ella, puede resultar un daño a las personas que participan de la actividad o reciben el servicio, o a sus bienes. b) Si, además, puede prevenir ese daño de manera más fácil o económica que si lo hace el damnificado”. Como enseña Trigo Represas⁴⁹ el Proyecto se ha inspirado en este punto en algo que ya se había propiciado entre nosotros: la existencia de un sistema general

de responsabilidad contractual por el hecho de las cosas, basado en un implícito deber de seguridad o garantía a cargo de quien hubiese entregado una cosa o se valiese de ella para el cumplimiento de su prestación, si de ella se derivaban daños que estuviesen relacionados con las obligaciones nacidas del contrato; en estos supuestos, por caso, el establecimiento que está obligado a prestar asistencia médica normalmente eficaz que responde si ha sido deficiente y ha causado un perjuicio al enfermo, el sindicado como responsable se liberará si orienta la actividad probatoria hacia la acreditación de su “diligencia, a cuyo fin debe haber adoptado las medidas de prevención razonablemente adecuadas”⁵⁰.

En definitiva puede concluirse que el Proyecto regula las responsabilidades profesionales con un criterio plausible, estableciendo reglas claras que echan por

“... El Proyecto regula las responsabilidades profesionales con un criterio plausible, estableciendo reglas claras que echan por tierra las discusiones doctrinarias que se habían suscitado...”

- 47) Trigo Represas, Félix A., La Responsabilidad de los profesionales en el Proyecto de Reforma al Código Civil, en JA, número especial El Proyecto de Código Civil de 1998 (Segunda Parte). del 22-3-2000, pág. 51.
- 48) Trigo Represas, Félix A., La Responsabilidad de los profesionales en el Proyecto de Reforma al Código Civil, en JA, número especial El Proyecto de Código Civil de 1998 (Segunda Parte). del 22-3-2000, pág. 55.
- 49) Trigo Represas, Félix A., La Responsabilidad de los profesionales en el Proyecto de Reforma al Código Civil, en JA, número especial El Proyecto de Código Civil de 1998 (Segunda Parte). del 22-3-2000, pág. 56.
- 50) Art. 1669 del Proyecto de Código Civil de 1998.

tierra las discusiones doctrinarias que se habían suscitado, por ejemplo, en los casos en que el médico está precisado a utilizar una cosa para cumplir con su prestación, pues dispone que sólo responde si el riesgo proviene del vicio de la cosa.⁵¹

Es que, “como ha puesto de relieve Heck, la prestación es un plan o un proyecto acerca de una conducta futura de una persona. Se puede hablar por ello de un ‘programa de prestación’. Dicho en otros términos, es la programación ideal de un acontecimiento que se aspira que sea realidad en un momento posterior”⁵²; la “prestación es la programación ideal de un acontecimiento que se aspira sea realidad en un posterior. O dicho de otra manera: el plan o proyecto de una conducta futura con miras a dar satisfacción a un interés del acreedor”⁵³, que consiste en que el profesional actúe con la diligencia debida, que deberá evaluarse en cada caso, ya que generalmente la elección del experto se hace en función de su caudal científico, de su experiencia, en definitiva, por las particulares características que posea en el desempeño de su labor.

Efectivamente, “el adiestramiento específico que exige la condición profesional implica un especial deber de obrar con prudencia y conocimiento de las cosas (... y resulta obvio) que la competencia particular manifiesta, y a veces declarada, de ciertos profesionales -especialistas, profesores, etcétera-, justifica una exigencia mayor a su respecto que con relación a los profesionales comunes, en tanto y en cuanto dichas condiciones especiales hubiesen sido tenidas en cuenta y gravitadas en la celebración del respectivo contrato”.⁵⁴

Sin ánimo de agotar el tema de las responsabilidades profesionales en el Proyecto, resta señalar en esta breve acotación que también está prevista la atenuación de la responsabilidad del profesional -por razones de equidad- si éste no obró con dolo y, si no obró con culpa grave, el Tribunal también puede “atender a otras circunstancias del caso, entre ellas la cuantía de la remuneración percibida por el profesional”.⁵⁵

VI. CONCLUSIÓN FINAL.

El sistema binario de la clasificación de las obligaciones en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia se ha desplazado, entendiéndose que la distinción dual no constituye «una *summa divissio*, ni que sea una varita de virtudes con poderes mágicos para resolver el universo de situaciones. En la vida negocial éstas son variables y multiformes, y presentan una gama de matices que no consiente el enrolamiento rígido en una o en otra categoría».⁵⁶ Las cosas, en ningún orden, pueden encasillarse como blancas o, por oposición, no-blancas, puesto que entre uno y otro extremo hay una diversidad de variantes que no deben perderse de vista pues, efectivamente, existen. Es decir, no puede cerrarse el sistema de las obligaciones en aquéllas en las que se persigue un resultado y aquéllas en las que sólo se exige un obrar diligente. Entre unas y otras hay distintos matices si se quiere, que no pueden soslayarse sin más ni más. Por ejemplo, no parece desacertado sostener que la obligación del abogado a lo largo de la tramitación del juicio es de distinta naturaleza; y es que «en las obligaciones de medios, el prestar una conducta diligente constituye también, en cierto modo, un resultado a cargo del deudor».⁵⁷ En ese orden de ideas, en el fallo que se comenta, de haberse cumplido con la presentación de la demanda precisando en la etapa oportuna todos los rubros de los que se pretendía indemnización, se hubiera cumplido con el resultado esperado el cual, sin lugar a dudas, no podría haberse garantizado su eficacia pero sí su realización. «Es diferente la producción de un resultado de su eficacia: puede ocurrir que un deudor se comprometa a realizar una obra sin garantizar su eficacia, de modo que cumpla la obligación produciendo algún resultado, aunque éste sea deficiente; por ejemplo, si se obliga únicamente a realizar una excavación para extraer petróleo, cumple cuando el líquido comienza a surgir, aunque fluya en cantidad escasa».⁵⁸

En otros términos: «Si bien es cierto que el patrocinio puede ser impecable y, no obstante, la sentencia

- 51) Algún autor ha pretendido asignar responsabilidad objetiva al médico obstetra, en función de lo normado por el art. 1113, Cód. Civil, por la utilización de fórceps en el parto. Ello llevaría al despropósito de asignar responsabilidad a un cirujano por el daño causado con el bisturí y no por el daño causado por la negligencia en su uso. En contra, propiciando la solución jurídicamente adecuada, Borda, Guillermo A., “A propósito de las cosas riesgosas en la responsabilidad médica”, en LL, tº 1993-B, pág. 693.
- 52) Díez-Picazo, Luis, Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, tº II: Las relaciones obligatorias, 4ª ed., Madrid, 1993, pág. 236.
- 53) Bueres, Alberto J., Objeto del negocio jurídico, Buenos Aires, 1986, pág. 151.
- 54) Trigo Represas, Félix A., Responsabilidad civil de los profesionales, Buenos Aires, 1987, pág. 34.
- 55) Art. 1683 del Proyecto de Código Civil de 1998.
- 56) Alterini, Atilio A. - Ameal, Oscar J. - López Cabana, Roberto M., Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, 1998, pág. 513.
- 57) Picasso, Sebastián, La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios, LL 2000-C, pág. 1004.
- 58) Alterini, Atilio A. - Ameal, Oscar J. - López Cabana, Roberto M., Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, 1998, pág. 511.

resultar en definitiva adversa a las pretensiones del cliente, no lo es menos que un mal patrocinio suele normalmente derivar en una sentencia desfavorable, o, al menos, no tan favorable como podría haberlo sido de haber el profesional observado una conducta diligente»⁵⁹. De allí que, como lo enseña Cabanillas Sánchez, la víctima ha de probar la existencia de la obligación y su incumplimiento, y el profesional ha de probar que cumplió con toda la diligencia exigible.⁶⁰

Puede tomarse otra postura, como se señaló con anterioridad, y arribarse a la misma conclusión⁶¹, pero el patrón que guía la naturaleza de la obligación será el de establecer cómo se debe eximir quien sea sindicado como responsable, toda vez que cuando se endilga el reproche es el momento en el cual la naturaleza jurídica de la obligación cobra mayor importancia tanto para el actor como para el demandado y, ello así, toda vez que los ojos de la doctrina moderna ya no se centran en el sistema dual de las obligaciones de medios o de resultado sino que lo que “importa es establecer efectos jurídicos”.⁶² Por otra parte es plausible el criterio del legislador de 1998 en tanto, con absoluta precisión, regula la responsabilidad del profesional con un esquema que responde a las teorías más modernas y avanzadas; el Proyecto de Código Civil de 1998 constituye por lo tanto un paso ineludible para lograr la seguridad jurídica que tanto reclama nuestra sociedad.⁶³

Sostener esta postura no implica en modo alguno desechar las demás como, por caso, la que asienta la distinción en el factor de atribución para distinguir la naturaleza de la obligación, pero importa ir más allá, precisando conceptos y estableciendo quién y qué se debe probar lo cual, en resumidas cuentas, implica acudir a un

razonamiento más práctico y útil puesto que no siempre el factor de atribución permitirá determinar la naturaleza de la obligación. Como ejemplo basta el caso en comentario: el factor de atribución es subjetivo (la culpa del profesional) y, no obstante, estamos en presencia de una obligación de resultado, aunque atenuada.⁶⁴ Ello, sin duda, responde a que el distinguido clásico entre obligaciones de medios y de resultado «no resulta ser suficientemente elástico para abarcar todos los matices que la práctica presenta, y que van desde aquellas situaciones en las cuales ni siquiera el casus libera de responsabilidad (como en las obligaciones dinerarias), hasta aquellas otras en las que resulta necesario acreditar la culpa del obligado, pasando por los supuestos en que la culpa se presume y debe ser desvirtuada mediante la prueba en contrario»⁶⁵; y el profesional, de ordinario, es quien se encuentra en mejores condiciones de probar su diligencia, y de ese modo exonerarse de responder.⁶⁶

Pero una cosa es endilgarle la responsabilidad porque se hallaba en tal situación y otra, muy distinta por cierto, es atribuirle la responsabilidad porque así la ha asumido al momento de tomar la dirección letrada en un juicio. Es que, en contraposición al jurista histórico, racionalista o dogmático, «el hombre de Derecho actual se enfrenta con un mundo cambiante, primordialmente en lo social y económico. Lo que vale hoy no valdrá mañana. De forma que avistar la realidad impone en ocasiones la revisión seria y consciente de los conceptos, que no tienen vigencia por tales -o por ser retóricos- sino en la medida en que son idóneos para dar respuesta a exigencias comunitarias»⁶⁷, y esta parecería ser la tendencia de la jurisprudencia en la solución de casos como el comentado.

59) Picasso, Sebastián, Obligaciones de medios y de resultado, JA 1996-II págs. 716 y sigtes.

60) Cabanillas Sánchez, Antonio, Las obligaciones de actividad y de resultado, Barcelona, 1993, pág. 162.

61) Según se dijo, tanto la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, como la que establece la clasificación de la obligación en función del factor de atribución, hubieran llevado a idéntica solución: la carga de la prueba se invierte y es el profesional quien debe acreditar su diligencia porque se halla en mejores condiciones para hacerlo. Pero, también se señaló, ello obedece exclusivamente a la naturaleza de la obligación -de resultado atenuada- y a la presunción de culpa que conlleva el incumplimiento mas no a la particular situación procesal o al factor de atribución.

62) Lorenzetti, Ricardo Luis, Responsabilidad Profesional, en Alterini, Atilio Anibal - López Cabana, Roberto M. (Directores), Reformas al Código Civil, tº 4, Buenos Aires, 1995, pág. 33.

63) Con criterio que se comparte, se ha dicho que “es hora de que nuestro derecho incorpore reglas e instituciones novedosas largamente reclamadas por la sociedad y se desembarace de antigallas y rémoras que sólo sirven para generar incertidumbres o curiosidad”, Rivera, Julio César - Medina,

64) Pareciera necesario aclarar nuevamente aquí que la obligación de resultado atenuada escapa a la clásica distinción de Demogue, y su denominación no responde de manera exclusiva y terminante al cumplimiento de un opus (clásica obligación de resultado) sino que, muy por el contrario, tal clasificación obedece a la necesidad de cubrir un vacío en el que las prestaciones no son únicamente resultados o actividades sino, más bien, distintas variantes que, desde el ángulo de la prueba, revisten características disímiles que no quedan satisfechas con los esquemas rígidos de ortodoxia jurídica.

65) Picasso, Sebastián, La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios en LL 2000-C, pág. 996.

66) Nótese que tal sería la aplicación pura de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, que converge en la solución del caso sería, también, el profesional quien debería probar que obró de manera diligente. Por el contrario, la clasificación receptada en el fallo que se comenta, no mira hacia quien está en mejores situación probatoria sino que apunta hacia la presunción de culpa que engendra el incumplimiento del profesional, caracterizando a la obligación como de resultado atenuada.

67) Bueres, Alberto J., Objeto del negocio jurídico, Buenos Aires, 1986, pág. 14.

También debe señalarse que el Proyecto de Código Civil de 1998 incorpora una solución específica para estos casos -algunas de sus virtudes ya han sido someramente analizadas- y, en general, contempla muy cuidadosamente, la necesaria unión que hay entre el fondo y la forma ya que el Derecho Procesal es al Derecho Civil lo que el reglamento a los deportes.⁶⁸ “En general los complementos, adaptaciones y articulaciones materiales -instrumentales- que se incorporan se corresponden con la orientación que en el derecho comparado postula el reencuentro de senderos bifurcados, cuya respectiva autonomía habría llevado a una nociva incomunicación y rotura de puentes”.⁶⁹

Finalmente, es preciso señalar que las construcciones elaboradas por la doctrina “no hacen otra cosa que mostrar la debilidad del rígido esquema tradicional,

aquél que dice, simplemente con todas sus consecuencias: de medios o de resultados. Es que ya, en su condición pura, convence a muy pocos”.⁷⁰

La comprensión tradicional, con sus planteos simplificadores de alternativa binaria y de summa divisio⁷¹, en realidad ha quitado utilidad al distingo de Demogue, y seguramente ha sido causa fundamental de su desprestigio, en cuanto quienes adhieren a su doctrina lo hacen con dudas y salvedades, y muchos la rechazan directamente. Pero la diferenciación matizada que hace el pensamiento jurídico actual entre obligaciones de resultado ordinarias, atenuadas y agravadas -procurando cubrir el universo de situaciones posibles- permite revitalizarla y poner la eficazmente al servicio del suum quique tribuere como finalidad esencial del Derecho. **D&S**

Sologuren & Morán abogados

Hugo Sologuren Calmet
Eduardo Morán Macedo
Claudia Díaz Díaz
Djamila Izquierdo Saitua
Javier Ghezzi Arnao
Gustavo Llorach Paredes
Fabricio Orozco Vélez
Fortunato Succar Loyola
Juan Baldovino Beas
Eduardo Landerer Sánchez

Consultores Asociados
CMS Consultores y Administradores
Carlos de la Torre Salcedo

Los Laureles 264, San Isidro
Telef.: (51-1) 221-8586 Fax: (51-1) 221-8998
e-mail: smlaw@camaralima.org.pe

- 68) Por caso, un jugador de rugby no sería tal si no supiera cómo debe jugarse dentro del campo.
- 69) Morello, Augusto M., Lo Procesal en el Proyecto Unificado de Derecho Civil y Comercial de 1998 en Anticipo de “Anales”-Año XLIV, Segunda Época-Número 37, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Abril de 2000.
- 70) Cifuentes, Santos, La teoría de las obligaciones de medios y resultados frente a la prestación de los médicos y la responsabilidad de los establecimientos médicos asistenciales, en Scribas, Instituto de Investigación Jurídico-Notarial (INDEJ), Arequipa, Perú, Año II, N° 4, 1998, pág. 179.
- 71) Brizzio, Claudia R., La obligación de resultado del banco en el contrato de cajas de seguridad. Con acotaciones sobre el Proyecto de Código Civil de 1998, en Responsabilidad Civil y Seguros, ed. La Ley, t° 1999, pág. 324.
- Artículo publicado en la revista de responsabilidad civil y seguro (ed. la Ley) Buenos Aires, año 3 N° 2, Marzo - Abril del 2001.