



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

Zana, Mario

La responsabilidad del profesional

Derecho PUCP, núm. 58, 2005, pp. 203-227

Pontificia Universidad Católica del Perú

Lima, Perú

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656160008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

La responsabilidad del profesional*

Mario Zana**

1. Criterios generales de la responsabilidad civil del profesional

El profesional desarrolla, por lo general, su actividad en ejecución de un contrato concluido con el cliente, la cual despliega al momento en el que se le confiere el encargo.

Ello sucede en el contrato de obra intelectual, previsto por el Código Civil en el artículo 2.230 como subtipo del contrato de obra (art. 2.222 del *Codice Civile italiano*), en el título III del libro V, dedicado al «Trabajo autónomo»; en particular, este se inserta en el ámbito del capítulo II, concerniente, precisamente, a las «Profesiones intelectuales».

El profesional puede suministrar su obra también fuera de una relación contractual: ya sea porque este no es nunca realizado (por ejemplo, la curación de un enfermo inconsciente)^{NT1} o porque, aun existiendo el contrato, el profesional excede los límites del encargo recibido.

* Título original: «Responsabilità del professionista». En *Enciclopedia giuridica Treccani*. Vol. xxvi. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991.

Traducción y notas de Renzo Saavedra Velazco. Bachiller de derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Agradecemos al doctor Leysser L. León por haber gestionado la autorización de la presente traducción.

Revisión de la traducción por Rómulo Morales Hervías. Abogado. Magíster por la Universidad di Roma «Tor Vergata». Profesor honorario de la Universidad Particular de Chiclayo. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima.

** Profesor ordinario de la Universidad de Pisa. Director del Departamento de Derecho Privado «Ugo Natoli», por el período 2005/2009, en la Università degli Studi di Pisa. Asimismo, es autor de una serie extensa de artículos jurídicos y del libro *Il contratto di assistenza alla persona*.

^{NT1} Al respecto véase el estudio de LEÓN, Leysser L. «El consentimiento informado al tratamiento médico y su lugar central en el debate sobre los derechos del paciente». En *La*

Además, ello evidencia, de manera preliminar, que el ejercicio de las profesiones intelectuales puede producirse también en la forma de trabajo subordinado, el cual, por el contrario, representa, desde luego, en algunas hipótesis (por ejemplo, el trabajo por jornadas), la forma casi exclusiva. Por lo demás, la ubicación de las normas referentes a las profesiones intelectuales en el título del «Trabajo autónomo» si bien, por un lado, resulta un indicativo de la intención del legislador de 1942 de regular su ejercicio —según la concepción tradicional— bajo la forma *libre*, de otro lado no debe considerarse vinculante. Ni el mismo legislador ha usado explícitamente el término *profesiones liberales*, sino aquel, más amplio, de *profesiones intelectuales*.

En los casos en los que, en el contrato de obra intelectual, participen el cliente y el empleador del profesional, este último (el profesional) podrá ser llamado a resarcir el eventual daño al cliente a título de responsabilidad extracontractual. En tal sentido, se ha venido expresado la jurisprudencia con referencia a los daños sufridos por el paciente como consecuencia de la actividad de diagnóstico y de terapia durante el período de hospitalización.¹

El profesional puede, por tanto, ser llamado a responder de los daños sufridos por el cliente a título de responsabilidad contractual y/o extracontractual. La jurisprudencia admite ya unánimemente el concurso de las dos responsabilidades «cuando se trata de un mismo hecho que viole contemporáneamente sea derechos que pertenecen a la persona con independencia de un contrato [...] sea derechos que deriven [...] en todo caso de un *vinculum iuris* ya existente».² En todo caso, encuentran aplicación las normas que serán examinadas a continuación en cuanto a los presupuestos de la responsabilidad profesional.

2. La obligación del profesional

El punto de partida para un estudio sobre la responsabilidad civil del profesional es representado por la particular naturaleza de la actividad profesional.

responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Trujillo: Editorial Normas Legales, 2004, 381 pp. (de la versión mecanografiada).

¹ Sentencia 1.716 de la Corte de Casación, del 24 de marzo de 1979. En *Giustizia Civile*, 1979, I, p. 1.440.

² Sentencia 5.638 de la Corte de Casación, del 22 de setiembre de 1983. En *Archivio Civile*, 1984, p. 233. En argumento, véase ROSSELLO, C. «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale». En Guido Alpa y Mario Bessone (eds.). *La responsabilità civile. I. Turín*, 1987; y, en una perspectiva comparatística, MONATERI, Pier Giuseppe. «Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale». Padua, 1989.

En particular, se subrayan los compromisos prevalentemente intelectuales que esta requiere;³ la profesionalidad de quien la desarrolla, esto es, la particular preparación técnica en sectores específicos;⁴ y la amplia discrecionalidad reconocida al profesional en la elección de su obrar.⁵

Es, en cualquier caso, opinión mayoritaria que tales aspectos no valen por sí solos para describir la actividad del profesional, cuyo contenido puede ser individualizado con suficiente aproximación solo en un cuadro conjunto de los caracteres ahora descritos.⁶

La referencia a los principios constitucionales vale, finalmente, para subrayar la libertad intrínseca, o *liberalidad*, de la actividad profesional; de esta forma, se indica «el compromiso de la capacidad y competencia del profesional, en el cual encuentra realización su libertad de juicio, para satisfacer las necesidades de otros hombres ajustados a la realización de su personalidad, y por tanto de la misma libertad, que constituye un dato inescindible de la naturaleza humana».⁷

La competencia técnica y la disponibilidad de los instrumentos más idóneos para la concreta realización de las soluciones adoptadas justifican la expectativa de resultados positivos.

Resulta aún sencillo constatar que las probabilidades de éxito varían en función de factores que caracterizan las particulares situaciones concretas que, en buena parte, exceden al control del profesional.

No siempre el cliente presenta al trabajador profesional la solicitud de un *opus* determinado (por ejemplo, la redacción de un proyecto de ingeniería o la formulación de una opinión técnica, etc.); más a menudo, el profesional no se encuentra en capacidad de garantizar el fin último que el cliente desea obtener: ya sea la curación del paciente o la victoria en un proceso, objetivos que también dependen, como es evidente, de factores exógenos, sobre los cuales el profesional mismo no puede influir de manera directa.

Los reflejos de esta sustancial incertidumbre sobre los resultados de la prestación profesional se presentan en la antigua tendencia a atenuar el rigor

³ SANTORO PASSARELLI, Francesco. «Professioni intellettuali». En *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. XIV. Turín, 1967, p. 24.

⁴ CATTANEO, G. *La responsabilità del professionista*. Milán, 1958, p. 5.

⁵ RIVA SANSEVERINO, L. «Lavoro autonomo». En *Commentario al codice civile Scialoja - Branca*, arts. 2.222-2.238. Bologna y Roma, 1963, p. 210.

⁶ LEGA, C. *Le libere professioni intellettuali*. Milán, 1974, p. 529.

⁷ SCOGNAMIGLIO, R. «Personalità umana e tutela costituzionale delle libere professioni». En *Diritto di famiglia e delle persone*, 1973, p. 806.

del juicio de responsabilidad realizado contra profesionales intelectuales, en particular contra los médicos.⁸

Así se explica el favor con el cual la jurisprudencia ha asumido una distinción^{NT2} elaborada —no sin contrastes— por una parte de la doctrina francesa a inicios del novecientos —pero propuesta, en sustancia, en Alemania ya a fines del ochocientos— y que en seguida se tornó un argumento recurrente en los pronunciamientos judiciales en asuntos de responsabilidad profesional.⁹

Se distinguen, en efecto, las hipótesis en las cuales el profesional-deudor se compromete a proveer un resultado objetivamente determinado (obligaciones *de resultado*) de aquellas —que se presentan en concreto con mayor frecuencia— en las cuales el compromiso se limita a una simple actividad diligente (*rectius*, técnica) (obligaciones *de medio*) en atención al resultado mismo.

Es menester recordar que no faltan doctrinas críticas, aun severas, a este esquema lógico-jurídico,¹⁰ ya que, aunque sugerido por la constatación —difícilmente controvertible— de un dato fáctico, este conduce a una esquematización muy rígida de la realidad.

Parece, en otros términos, muy difícil afirmar que existen obligaciones en las cuales no se deba un resultado y otras en las cuales se deba un resultado pero no el esfuerzo necesario para conseguirlo.¹¹

En realidad, esclarecidas la génesis y la finalidad de la distinción, el problema se desplaza hacia el trato que la jurisprudencia reserva, sobre esta base, al profesional; así, se le dispensa, en particular —en razón de que no se compromete el resultado—, un aligeramiento de la carga de la prueba

⁸ Sobre este punto, véase ZANA, Mario. *La responsabilità civile del medico*. Milán, 1981, p. 42 y ss.

^{NT2} Al respecto puede consultarse la obra del profesor FRANZONI, Massimo. «La responsabilità en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado». En *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Trad. y ed. al cuidado de Leysser L. León. Lima: ARA, 2001, p. 371 y ss.

⁹ Cfr., para referencias históricas y reenvíos bibliográficos en tema de responsabilidad profesional, el aún fundamental trabajo de MENGONI, Luigi. «Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”». *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1954, I, p. 185.

¹⁰ Cfr. FORTINO, M. «La responsabilità civile del professionista». Milán, 1984, p. 42. El argumento merece ser profundizado, razón por la cual se reenvía a la voz «OBBLIGAZIONE: I) Teoria generale».

¹¹ BIANCA, C. Massimo. «Inadempimento delle obbligación». En *Comentario al codice civile Scialoja-Branca*, arts. 1.218-1.229. Bolonia y Roma, 1979, p. 32; y, en una atenta perspectiva a la evolución histórica de los institutos de la responsabilidad profesional, RESCIGNO, P. «Obbligación (nozioni)». En *Enciclopedia del diritto*. Vol. XXIX. Milán, 1979, p. 190).

del incumplimiento en un juicio de responsabilidad. En síntesis —y salvo ulteriores precisiones—,¹² se añade, de tal manera, al aplicar a la responsabilidad contractual, *ex* artículo 1.218 del Código Civil, una idéntica regla a aquella subsumible en el artículo 2.043 Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual: esto es, a requerir al cliente en ambas hipótesis la prueba de la culpa del profesional.

Se justifica, así, la consolidación de la distinción y su progresiva cristalización en rígidos esquemas formales.

Es, en efecto, absolutamente constante la afirmación de que, por lo general,

[...] la obligación que el profesional asume respecto del cliente, por efecto de la aceptación del encargo a él conferido (conclusión del contrato de obra profesional), tiene por contenido (prestación) el desarrollo de la actividad profesional necesaria o útil en relación al caso concreto y en vista del resultado que, a través del medio técnico-profesional, el cliente espera obtener (considerada obligación de medios o de comportamiento, y no de resultado).¹³

Asimismo, se precisa que «el profesional, asumiendo el encargo, se compromete a prestar la propia obra intelectual solo con el fin de procurar alcanzar el resultado esperado, pero no conseguirlo».¹⁴

Sin embargo, aun considerando «exacto que las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional son, por regla general, obligaciones de medios», no se excluye «de manera absoluta que puedan también ser obligaciones de resultado (por ejemplo, aquellas con las cuales el profesional promete un determinado *opus*)».¹⁵ En tal caso,

¹² Véase *infra* § 7

¹³ Cfr. sentencia 2.439 de la Corte de Casación, del 18 de junio de 1975. En *Giurisprudenza Italiana*, 1976, I, 1, p. 953; sentencia 1.845 de la Corte de Casación, del 18 de abril de 1978. En *Responsabilità civile e previdenza*, 1978, p. 591; y sentencia 6.141 de la Corte de Casación, del 21 de diciembre de 1978. En *Giurisprudenza Italiana*, 1979, I, 1, p. 953.

¹⁴ Sentencia 961 de la Corte de Casación, del 28 de abril de 1961. En *Giurisprudenza Italiana*, 1962, I, 1, p. 1.248; la sentencia incluye la nota de LEGA, C. «Le prestazioni del medico come oggetto di "obbligazioni di mezzi"». Cfr. sentencia 4.245 de la Corte de Casación, del 21 de junio de 1983. En *Massimario della Giustizia Civile*, 1983, p. 1.509.

¹⁵ Sentencia 3.389 de la Corte de Casación, del 7 de mayo de 1988. En *Repertorio del Foro Italiano*, 1990, voz «Professioni intellettuali», n. 111 y 112; sentencia 2.998 de la Corte de Casación, del 13 de noviembre de 1973. En *Repertorio del Foro Italiano*, 1973, voz «Professioni intellettuali», n. 22; Tribunal de Nápoles, del 1 de julio de 1972. En *Diritto e Giurisprudenza*, 1973, p. 402; con nota de STRADOLINI, G. «L'obbligazione del professionista».

la satisfacción efectiva del interés de una parte es asumido como contenido esencial e irreducible a la prestación, el cumplimiento coincide con la plena realización del objetivo perseguido por el acreedor, independientemente de la actividad y de la diligencia desplegada por la otra parte para conseguirlo. Por tanto, la obligación de resultado puede considerarse cumplida solo cuando se hubiere realizado el evento previsto como consecuencia de la actividad realizada por el deudor, en la identidad de previsión negocial y en la integridad cuantitativa y cualitativa de los efectos previstos.¹⁶

3. La diligencia profesional

Los perfiles de la actividad profesional, para el objetivo aquí sumariamente trazado, adquieren su exacta dimensión en la perspectiva de la diligencia, de la cual el artículo 1.176 del Código Civil, en particular el segundo párrafo, por cuanto explícitamente se prevé que, «en el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe evaluarse con respecto a la naturaleza de la actividad ejercitada».

En la *ratio* de esta precisión —por otro lado inserta «a título de ejemplificación legislativa»—,¹⁷ no aparece aquella de introducir una regla diversa de la enunciada en el primer párrafo del mismo artículo, puesto que el criterio de la diligencia del «buen padre de familia» debe entenderse de manera unitaria, como «criterio objetivo y general, no subjetivo e individual», para confrontarse toda vez «al tipo especial de la particular relación».¹⁸ Por lo demás, no se ha olvidado que la formulación del artículo 1.176 refleja una larga elaboración doctrinal y jurisprudencial ya madurada en Francia, pero no recibida por el *Code civil*: la misma distinción entre obligaciones «de resultado» y obligaciones «de medios» forma parte ya del campo del «derecho profesional» no escrito, construido, precisamente, sobre la base de un concepto de diligencia en sentido técnico-profesional.¹⁹ Y la misma jurisprudencia parece tomar en cuenta esta evolución; en tal caso, reconoce que

¹⁶ Sentencia 6.416 de la Corte de Casación, del 10 de diciembre de 1979. En *Massimario del Foro Italiano*, 1979, p. 2.837.

¹⁷ *Relazione al Código Civil*, n. 559.

¹⁸ *Relazione al Código Civil*, n. 559. Sobre el punto, cfr. CATTANEO, G. Op. cit., p. 53; NATOLI, Ugo. «L'attuazione del rapporto obbligatorio». En Antonio Cicu y Francesco Messineo (dirs.). *Trattato di diritto civil*. Vol. XVI. 2. Milán, 1984, p. 88. En contra, en el sentido de que la referencia al segundo párrafo del artículo 1.176 del Código Civil contiene indicaciones de una medida de diligencia más severa, cfr. GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento (Corso di diritto civile)*. Milán, 1975, p. 880; FORTINO, M. Op. cit., p. 99.

¹⁹ VISINTINI, Giovanna. *La responsabilità contrattuale*. Nápoles, 1979, p. 169.

[...] ya bajo la anterior legislación se había afirmado la concepción jurídica de la diligencia técnica, por la cual no existe un tipo fijo y abstracto de padre de familia y ello se debe, en cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, asumiendo la figura del regular y sensato profesional. Tal concepción se encuentra hoy codificada en el art. 1176 c. c.²⁰

En esta perspectiva, se ha observado que «el criterio de la diligencia [...] manifiesta la utilidad de su aplicación para las prestaciones que tengan por contenido un *facere* [hacer] y por tanto aquellas prestaciones susceptibles de ser apreciadas desde el punto de vista cualitativo por la observancia de ciertas reglas técnicas»: esto vale para poner en evidencia que, en el ámbito de las obligaciones «de medios», el criterio de la diligencia «se torna como la calificación de una manera de obrar. Ello significa que en la ejecución de un deber se aplicarán aquellas reglas técnicas elaboradas para una determinada disciplina o arte».²¹

En la perspectiva de una rigurosa identificación de la diligencia con la pericia técnica, el juicio de responsabilidad —entendido, según los criterios generales ex artículos 1.218 o 2.043 del Código Civil, a establecer si se ha presentado una «culpa profesional» en el comportamiento en concreto tenido por el trabajador intelectual— se resuelve, por tanto, en la evaluación de la impericia,²² en otros términos, en la verificación de la correspondencia con el comportamiento que se habría podido exigir del «buen profesional».²³

Tal juicio deberá tener en cuenta el hecho de que «la impericia profesional presenta un contenido variable para determinar en relación a cada particular *fattispecie* [hecho jurídico concreto], relacionando la conducta efectivamente tenida por el profesional a la naturaleza y a la especie del encargo profesional y a las circunstancias concretas en las cuales la prestación debe desarrollarse».²⁴

²⁰ Sentencia 1.271 de la Corte de Casación, del 28 de julio de 1948. En *Foro Italiano*, 1949, I, p. 944.

²¹ VISINTINI, Giovanna. *Op. cit.*, p. 185.

²² Sentencia 2.274 de la Corte de Casación, del 15 de abril de 1982. En *Revista Giuridica dell'Edilizia*, 1983, I, p. 162: «La responsabilidad profesional del trabajador intelectual debe siempre relacionarse a errores determinados por ignorancia de conocimientos técnicos o por inexperiencia profesional».

²³ CATTANEO, G. *Op. cit.*, p. 60.

²⁴ Sentencia 3.329 de la Corte de Casación, del 12 de diciembre de 1962. En *Responsabilità civile e previdenza*, 1963, p. 282; sentencia 2.230 de la Corte de Casación, del 2 de agosto de 1973. En *Giustizia Civile*, 1973, I, p. 1.864; sentencia 6.101 de la Corte de Casación, del 15 de noviembre de 1982. En *Repertorio del Foro Italiano*, 1982, voz «Professioni intellettuali», n. 43; a la «diligencia quam in concreto» hace referencia la sentencia 4.245 de la Corte de Casación, del 21 de junio de 1983. *Op. cit.*

Esta interpretación del artículo 1.176 del Código Civil, en particular el segundo párrafo, ha aparecido, por un lado, muy restrictiva desde el momento que, entre otras cosas, «descuida los casos de «ignorancia» y de «imprudencia», que también son formas de culpa, además la negligencia consistente en la omisión del comportamiento debido»;²⁵ por otro lado, no es justificada, ya que «diligencia y pericia son dos conceptos diversos entre sí [...]. Ambas desarrollan paralelamente, pero separadamente, el trabajo de realizar el objeto del contrato de prestación de obra a través del cumplimiento de las obligaciones que por el mencionado contrato establecen, pero lo uno (la diligencia) es instrumental respecto de la otra». En definitiva, —se observa— la diligencia representa «un modo de ser» de la aplicación en concreto de las reglas técnicas de la profesión.²⁶

4. Diligencia (en sentido estricto) y pericia técnica

Diligencia (en sentido estricto) y pericia técnica aparecen, en realidad, como dos distintos perfiles de la diligencia profesional.

En jurisprudencia es constante la afirmación de que el incumplimiento de las obligaciones derivadas del ejercicio de actividades profesionales «se concreta en la violación de los deberes inherentes al desarrollo de la actividad» misma, deberes entre los cuales se encontrarían incluidos también «los preceptos de la considerada deontología profesional».²⁷

En términos generales, el profesional «tiene el deber de desarrollar la actividad profesional necesaria o útil en relación al caso concreto, y tiene el deber de desarrollarla con la adecuada y necesaria diligencia»: tal es «diligencia del profesional de preparación profesional media y de cuidado medio en el ejercicio de su propia actividad».²⁸

La diligencia del «buen padre de familia» se especifica, así, en aquella del «regular y sensato profesional»,²⁹ esto es, del profesional que ejerce su actividad «con escrupulosa atención y adecuada preparación profesional».³⁰

²⁵ SCALFI, G. «L'assicurazione della responsabilità civile dei professionisti». En *Archivio della responsabilità civile*, 1970, p. 404.

²⁶ LEGA, C. *Le libere professioni intellettuali*. Op. cit., p. 643.

²⁷ Casación de las cortes reunidas 375, del 9 de marzo de 1965. En *Foro Italiano*, 1965, I, p. 1.040.

²⁸ Sentencia 3.298 de la Corte de Casación, del 29 de noviembre de 1973. En *Foro Italiano*, 1974, I, p. 678; sentencia 2.439 de la Corte de Casación, del 18 de junio de 1975. En *Giurisprudenza Italiana*, 1976, I, 1, p. 953; sentencia 6.141 de la Corte de Casación, del 21 de diciembre de 1978, *ivi*, 1979, I, 1, p. 953. Sobre la primera de las afirmaciones referidas, *cfr.* también la sentencia 4.245 de la Corte de Casación, del 21 de junio de 1983. En *Massimario de Giustizia Civile*, 1983, p. 1.509.

²⁹ Sentencia 1.271 de la Corte de Casación, del 28 de julio de 1948. Op. cit.; sentencia 3.616 de la Corte de Casación, del 15 de diciembre de 1972. En *Foro Italiano*, 1973, I, p. 1.475.

³⁰ Sentencia 1.441 de la Corte de Casación, del 8 de marzo de 1979. En *Giurisprudenza Italiana*, 1979, I, 1, p. 1.494.

La perspectiva de la diligencia profesional según los dos perfiles ahora descritos es absolutamente constante, aun en la variedad de los matices que es posible recoger en las diversas *fattispecie* (hechos jurídicos concretos). Así, se requiere «la observancia escrupulosa de normas técnicas, de deberes de diligencia y de común prudencia» (para el ejercicio de la medicina);³¹ la «diligencia media de un profesional adecuadamente preparado y precavido» (para el notario);³² el empleo de la «debida diligencia [...] sin descuidar la aplicación de las nociones de las cuales debe estar en posesión» (para el ingeniero);³³ y la prestación de la propia obra «con escrúpulo y diligencia» (para el procurador legal).³⁴

Definido el significado de la regla de comportamiento, se consigue que

[...] donde el profesional no coloque en el desarrollo de la actividad profesional la diligencia media [...] su responsabilidad frente al cliente por los daños causados es disciplinada por los principios comunes de la responsabilidad contractual. Por lo tanto, el profesional responde, por regla general, frente al cliente, además de por el dolo también por la culpa leve.³⁵

5. La atenuación de la responsabilidad profesional: el artículo 2.236 del *Codice Civile*

La operatividad de las reglas generales de la responsabilidad profesional en la perspectiva, ahora delineada, de la diligencia en sentido técnico se justifica también sobre la base de una específica norma dictada sobre la rúbrica «responsabilidad del trabajador» (intelectual): el artículo 2.236 del Código Civil, en efecto, prevé que «si la prestación implica la solución de

³¹ Sentencia 3.616 de la Corte de Casación, del 15 de diciembre de 1972. *Op. cit.*

³² Sentencia 4.847 de la Corte de Casación, del 25 de octubre de 1978. En *Rivista del notariato*, 1979, p. 163; sentencia 3.520 de la Corte de Casación, del 23 de junio de 1979. En *Massimario della Giustizia Civile*, 1979, p. 1542.

³³ Sentencia 1.305 de la Corte de Casación, del 27 de abril de 1968. En *Revista Giuridica dell'Edilizia*, 1968, p. 1429.

³⁴ Sentencia 1.260 de la Corte de Casación, del 7 de junio de 1967. En *Repertorio del Foro Italiano*, 1967, voz «Professioni intellettuali», n. 84.

³⁵ Sentencia 6.141 de la Corte de Casación, del 21 de diciembre de 1978. *Op. cit.*; sentencia 969 de la Corte de Casación, del 17 de febrero de 1981. En *Responsabilità civile e previdenza*, 1981, p. 747; sentencia 2.428 de la Corte de Casación, del 26 de marzo de 1990. En *Repertorio del Foro Italiano*, 1990, voz «Professioni intellettuali», n. 113; sentencia 8.218 de la Corte de Casación, del 11 de agosto de 1990, *ivi*, 1990, voz «Professioni intellettuali», n. 114.

problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de obra no responde de los daños, si no en caso de dolo o de culpa grave». ^{NT3}

La disposición ha sido interpretada, ahora, como pura y simple aplicación del principio ex artículo 1.176, segundo párrafo, ³⁶ ya como excepción a los principios generales en el sentido de una atenuación de la responsabilidad del profesional. ³⁷

Su presencia en el sistema de la responsabilidad profesional aparece, en realidad, mejor justificada en este segundo sentido, tomando en cuenta que ella ha sido dictada en el intento de conciliar «dos exigencias opuestas, aquella de no afectar la iniciativa del profesional con el temor de represalias injustas por parte del cliente en caso de fracaso y aquella inversa de no satisfacer frente a las no ponderadas decisiones o reprobables inercias del profesional». ³⁸

Hemos dicho, sin embargo, que, en una primera lectura, la norma parece contrastar con una elemental exigencia de justicia sustancial, además de con la *ratio* del artículo 1.176 del Código Civil, sobre todo en el caso en el cual esta última norma viene interpretada según esquemas rígidos.

Aparece, en efecto, profundamente contradictoria y, bien vistas las cosas, difícilmente justificable la previsión de un límite mínimo de competencia y cuidado (esto es, de diligencia en sentido lato) —correspondiente a un elevado grado de culpa— cuando tal nivel debería ser tanto más alto en función de la dificultad de los problemas afrontados.

La formulación poco feliz de la norma no debe hacer olvidar que la jurisprudencia más antigua en materia de responsabilidad profesional distinguía dos áreas bien delineadas al interior del concepto de diligencia: aquella de la competencia (discrecionalidad) técnica y aquella del cuidado (escrupulosidad) en la ejecución del encargo recibido. De aquí la tendencia que considera que el juez no puede pronunciarse sobre la primera si no es en caso de «ignorancia o impericia inexcusable», o de «error grosero», pero que sí fuese, en cambio, tenido en cuenta al evaluar con mayor severidad la

^{NT3} Esta norma ha tenido una más que evidente repercusión en nuestra legislación civil. Al respecto, remitimos a la lectura del artículo 1.762 del Código Civil peruano («Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable»).

³⁶ CATTANEO, G. *Op. cit.*, p. 79: «La culpa grave del artículo 2.236 no es que la culpa leve es evaluada teniendo en cuenta la especial dificultad de la prestación»

³⁷ GIACOBBE, G. «Professioni intellettuali». En *Enciclopedia del diritto*. Vol. xxxvi. Milán, 1987, p. 1084; RIVA SANSEVERINO, L. *Op. cit.*, p. 179; LEGA, C. *Le libere professioni intellettuali*. *Op. cit.*, p. 845.

³⁸ *Relazione al Código Civil*, n. 917.

segunda, esto es, según el criterio del «buen padre de familia» y, por tanto, hasta el límite de la culpa leve.³⁹

La contradicción resultante del artículo 2.236 del Código Civil se revela, por lo tanto, más aparente que real; justificando una interpretación restrictiva de la norma en el sentido de que «la misma se refiere a aquel solo aspecto de la culpa que concierne no a la prudencia y la diligencia en sentido estricto, sino a la pericia»⁴⁰.

La jurisprudencia ha asumido desde luego tal interpretación (*cfr.*, aunque con formulaciones diversas, Corte de Apelación de Firenze, del 20 de setiembre de 1966, en *Giurisprudenza Toscana*, 1967, p. 435; sentencia n. 3044 de la Corte de Casación, del 13 de octubre de 1972, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1973, p. 97; sentencia n. 2052 de la Corte de Casación, del 23 de mayo de 1975, en *Archivio civile*, 1975, p. 1485), además garantizada por la misma Corte Constitucional, que, al pronunciarse (negativamente) sobre una cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 42 y 589 del *Codice penale* en relación al art. 2236 c. c., bajo el perfil de la expuesta contrariedad con el art. 3 de la Constitución, ha tenido oportunidad de precisar que «al contrario, hay que reconocer que, mientras en la primera (pericia) la indulgencia del juicio del magistrado es directamente proporcional a las dificultades de la tarea, por las otras dos formas de culpa (prudencia y diligencia) todo juicio no puede ser marcado en base a criterios normales de severidad» (sentencia n. 166 del 28 de noviembre de 1973, en *Foro Italiano*, 1974, I, p. 19); en general, v. la sentencia n. 8218 de la Corte de Casación, del 11 de agosto de 1990, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1990, voz «Professioni intellettuali», n. 114.

Ello significa que comportamientos caracterizados por el descuido o la imprudencia son, en todo caso, fuente de responsabilidad para el profesional según el criterio ordinario de la culpa; más bien, en caso que se verifiquen en ocasión de prestaciones que comporten la solución de particulares problemas técnicos, precluyendo toda apreciación en orden a la «*especial dificultad*» de los mismos (sentencia n. 3371 de la Corte de Casación, del 19 de octubre de 1968, en *Massimario della Giustizia Civile*, 1968, p. 1753). En tal sentido, ha sido afirmado —negando la aplicación de la atenuación *ex art.* 2236 c. c.— que el profesional, que hubiere asumido una prestación «exorbitante por sus posibilidades, debe responder, en virtud de las normas comunes sobre la responsabilidad, por responsabilidad agravada por falta

³⁹ Corte de Apelación de Milán, del 12 de mayo de 1914. En *Monitore dei Tribunali*, 1914, p. 593; Corte de Apelación de Turín, del 15 de diciembre de 1926, *ivi*, 1927, p. 581; Corte de Apelación de Génova, del 30 de junio de 1933. En *Nuevo Diritto*, 1934, p. 405.

⁴⁰ DE MARTINI, A. «La responsabilità civile del medico». En *Giustizia civile*, 1954, p. 1256.

de uso de los criterios de diligencia y de prudencia determinadas por la asunción de la obligación» (Corte de Apelación de Trieste, del 16 de abril de 1964, en *Archivio della responsabilità civile*, 1964, p. 317: en la *fattispecie* [en el hecho jurídico concreto], se trataba del uso negligente de un «aparato radioscópico de carril»; con referencia a un caso análogo, v. la sentencia n. 1476 de la Corte de Casación, del 21 de abril de 1977, en *Archivio Civile*, 1977, p. 734).

Bajo el perfil más estrictamente técnico, el juez de mérito deberá —con juicio incensurable en sede de legitimidad (sentencia n. 1260 de la Corte de Casación, del 7 de junio de 1967, cit.; sentencia n. 2052 de la Corte de Casación, del 23 de mayo de 1975, cit.)— evaluar si la prestación implicase «una pericia superior a aquella ordinariamente propia de todo buen profesional» (sentencia n. 375 de las Salas Reunidas de la Corte de Casación, del 9 de marzo de 1965, en *Foro Italiano*, 1965, I, p. 1040): y por lo tanto, «un compromiso técnico-profesional de nivel superior» (sentencia n. 2439 de la Corte de Casación, del 18 de junio de 1975, cit.; Corte de Apelación de Venecia, del 26 de marzo de 1976, en *Giurisprudenza di Merito*, 1978, p. 837; sentencia n. 4437 de la Corte de Casación, del 7 de agosto de 1982, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1984, p. 78).

Tal evaluación deberá realizarse *a posteriori* —dada la extrema variabilidad de los elementos caracterizantes de la particular *fattispecie* [hecho jurídico concreto]— a la luz de los conocimientos que concurren a formar el patrimonio cultural en los varios sectores del conocimiento. De tal manera será posible, en vía de principio, dar una respuesta atendible al problema si el caso *de quo* habría podido ser resuelto aplicando «reglas que, para el común consenso de las autoridades científicas y por consolidada experimentación, se pueden considerar adquiridas a la ciencia y a la práctica» (sentencia n. 6141 de la Corte de Casación, del 21 de diciembre de 1978, cit.; Tribunal de Lanciano, del 9 de mayo de 1978, en *Giurisprudenza Italiana*, 1979, I, 2, p. 369); o si, en cambio, debe afirmarse la «especial dificultad» de los problemas afrontados por el profesional: para tal fin, se requiere que «objetivamente la ciencia y la práctica sugieran dos o más soluciones contrastantes, pero con igual índice de probabilidad de resultado» (Tribunal de Trani, del 18 de febrero de 1964, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1965, p. 82).

6. La especial dificultad de los problemas técnicos afrontados

Tales afirmaciones valen, en sustancia, para todo sector de la actividad profesional.

A título ejemplificativo, y deseando verificar la real consistencia de los criterios propuestos en vía de principio, será oportuno analizar el significado atribuido a la «especial dificultad»^{NT4} de los problemas técnicos, de los cuales el art. 2236 c. c., con referencia a algunos sectores muy significativos de la actividad profesional.

En el sector de la responsabilidad médica se ha afirmado que el criterio en cuestión es aplicable cuando el caso concreto presente «caracteres de extraordinariedad y excepcionalidad, si por no haber sido adecuadamente estudiado por la ciencia y experimentado en la práctica, o bien cuando en la ciencia misma hubieren sido propuestos o debatidos diversos, y entre sí incompatibles, sistemas de diagnóstico, terapéuticos y de técnica quirúrgica, entre los cuales el médico deba realizar una elección» (sentencia n. 1845 de la Corte de Casación, del 18 de abril de 1978, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1978, p. 591; sentencia n. 1441 de la Corte de Casación, del 8 de marzo de 1979, cit. Para un minucioso análisis de la casuística en discusión, v. PRINCIGALLI, A., [22], p. 136; SGOBBO, R., [30], p. 829) (v. MEDICO: IV) Responsabilità penale del medico).

La elección de medios de defensa, la interpretación de la ley a la luz de las oscilaciones de la jurisprudencia, la evaluación de los intereses del cliente, son, en síntesis, los principales puntos de referencia indicados a los fines del juicio de responsabilidad del abogado. En particular, se ha considerado que «en la conducta procesal de un profesional forense no se puedan revisar los extremos de la imprudencia o de la impericia, en caso que esta sea, en cambio, el fruto de convencimiento mediato; además, si, al afrontar problemas jurídicos de indudable particular dificultad éste hubiere empleado los medios sugeridos por la propia ciencia profesional y esta aparece del todo adecuada a aquel contexto de conocimiento técnico, que un profesional comprometido que tal tipo de actividad debe poseer, lo que basta para excluir toda responsabilidad sobre la materia» (Tribunal de Venecia, del 26 de julio de 1976, en *Giurisprudenza di Merito*, 1976, I, p. 379; cfr. también el Tribunal de Salerno, del 29 de febrero de 1980, en *Il Foro Napoletano*, 1981, I, p. 271; Tribunal de Benevento, del 18 de enero de 1982, en *Giurisprudenza di Merito*, 1983, I, p. 620. Véase la amplia exposición de CLARIZIA, R. y R. RICCI, [5], p. 164) (v. AVVOCATO E PROCURATORE: II) Diritto processuale).

Problemas diversos se ubican con respecto a la actividad del notario: la atención se polariza, en este caso, sobre los deberes profesionales que supe-

^{NT4} Al respecto véase el artículo del profesor TRAZEGNIES, Fernando de. «La evaporación de la responsabilidad profesional». *Revista del magíster en derecho civil*, vol. 1, Lima, 1997, p. 55 y ss.

ran los confines de la función pública ejercitada *ex lege* (v. NOTAIO E NOTARIATO: I) Diritto amministrativo). Se ha afirmado con expresión muy eficaz si su obra «no puede reducirse a aquella de un pasivo registrador de las declaraciones ajenas, sino que debe extenderse a una actividad preparatoria adecuada: resulta que el notario, cuando sea requerido de la redacción de un acto público de transferencia inmobiliaria, tiene el deber de proceder previamente, sin necesidad de un específico encargo de la parte, a las así denominadas «visure»^{NT5} (*catastral e hipotecaria*)» (sentencia n. 3520 de la Corte de Casación, del 23 de junio de 1979, en *Massimario della Giustizia Civile*, 1979, p. 1542; Corte de Apelación de Nápoles, del 11 de enero de 1978, en *Giurisprudenza di Merito*, 1980, I, 96; sentencia n. 1840 de la Corte de Casación, del 20 de febrero de 1987, en *Vita Notarile*, 1987, p. 388; v. la exposición de LEPRI, A. [13], p. 176).

El grado de dificultad de los problemas técnicos afrontados por ingenieros y arquitectos han a menudo establecido para comparar con los compromisos fijados por la ley para las «profesiones técnicas menores» (sentencia n. 1818 de la Corte de Casación, del 29 de marzo de 1979, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1979, p. 803): negándose la aplicación de la atenuación de responsabilidad, *ex art.* 2236, cuando estos son llamados a ejecutar prestaciones que podrían formar objeto de la actividad de un topógrafo, o de un perito agrónomo, etc (*cf.* la sentencia n. 3557 de la Corte de Casación, del 11 de diciembre de 1972, en *Archivio della responsabilità civile*, 1973, p. 260; para profundizar en el sector específico, MORSILLO, G., [18]; MUSOLINO, G., [19]).

7. La carga de la prueba en juicio

La particular naturaleza de la obligación del profesional se refleja necesariamente también sobre el régimen probatorio del incumplimiento.

En todo caso se ha precisado que, bien vistas las cosas, el compromiso de una actividad diligente (en el significado ya descrito) en vista del resultado favorable para el cliente no comporta, por sí mismo, excepción alguna a la regla general *ex art.* 2697 c. c.: debiendo igualmente el acreedor (cliente) proveer la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión, esto es, del incumplimiento; e incumbiendo al deudor (profesional) la prueba de los hechos modificativos o extintivos, esto es, de los hechos que integran la causa a él no imputable del incumplimiento.

^{NT5} El término *visura* (en plural *visure*) describe el proceso de control catastral dirigido a obtener la verificación de la posición jurídica y el valor de un determinado inmueble hipotecado.

El verdadero problema, en realidad, es aquel de establecer si (y hasta que punto) el fin último perseguido por el cliente influya en el contenido de la prestación profesional.

Aceptada la distinción entre obligaciones «*de medio*» y obligaciones «*de resultado*», la jurisprudencia construyó un sistema rígido en el cual la actividad probatoria de las partes ha sido estrictamente prefijada.

Se afirma, en efecto, que donde el profesional no estuviere obligado a obtener un determinado resultado útil, la prueba del incumplimiento (o cumplimiento inexacto) debe referirse a la actividad en concreta realizada: en particular, según una fórmula recurrente, «ejecutada la prestación a la cual el profesional se hubiere obligado al concluir el contrato de obra profesional, incumbe al cliente, el cual asume haber sufrido un daño, la carga de probar la defectuosa o inadecuada prestación profesional, la existencia o inadecuada prestación profesional y el daño; mientras que incumbe al profesional la carga de probar la imposibilidad, a él no imputable, de la perfecta ejecución de la prestación» (sentencia n. 961 de la Corte de Casación, del 28 de abril de 1961, en *Giurisprudenza Italiana*, 1962, I, 1, p. 1248, con nota de LEGA, C., [12]; sentencia n. 3403 de la Corte de Casación, del 7 de noviembre de 1974, en *Archivio Civile*, 1975, p. 537; sentencia n. 1831 de la Corte de Casación, del 11 de mayo de 1977, en *Archivio Civile*, 1977, p. 842).

En caso que, en cambio, se deduzca de la obligación un *opus* determinado, habiéndose el profesional comprometido a la realización del fin último que el cliente intenta alcanzar, la prueba del incumplimiento estará limitada a la demostración de la ausencia de obtención de tal objetivo: en tal sentido, «el juez no se encuentra obligado a admitir medios de prueba considerados irrelevantes bajo el perfil jurídico, como... aquellos tendientes a demostrar la explicación, por parte del deudor, de una actividad que se encuentre destinada a lograr el fin perseguido por el acreedor pero improductiva de concretas consecuencias» (sentencia n. 6416 de la Corte de Casación, del 10 de diciembre de 1979, en *Massimario della Giustizia Civile*, 1979, p. 2837).

La carga probatoria puesta a cargo del cliente resulta, así, tanto más gravosa en función de la complejidad de la prestación profesional deducida en juicio. De ello resulta confirmada, entre otras cosas, la afirmación que «en cuanto respecta la defectuosidad o la inadecuación de la prestación profesional, el cliente tiene la carga de proveer la prueba de suficientes e idóneos datos objetivos, en base a las cuales el juez evaluará si, en relación a la naturaleza del caso concreto, fuese suficiente una preparación profesional media y una diligencia media en el ejercicio de la actividad profesional, o si, en cambio, fuese requerido una labor técnico-profesional de nivel superior,

implicando el caso concreto la solución de problemas técnicos de especial dificultad» (sentencia n. 2439 de la Corte de Casación, del 18 de junio de 1975, en *Giurisprudenza Italiana*, 1976, I, 1, p. 953). Sin embargo, se precisa que la prueba de la existencia de tales problemas, «que lleva a una derogación parcial a las normas generales de la responsabilidad por culpa, incumbe al profesional» (sentencia n. 3957 de la Corte de Casación, del 3 de diciembre de 1974, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1975, p. 465; con particular atención a los daños ocasionados por prestaciones médicas v. la sentencia n. 6220 de la Corte de Casación, del 16 de noviembre de 1988, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1988, voz «Professioni intellettuali», n. 94).

8. Posible presunción de responsabilidad

Un intento de superar la rígida distinción entre obligaciones *de medios* y obligaciones *de resultados* en el sentido de un aligeramiento del *onus probandi* a cargo del cliente es de fecha bastante reciente. Se considera, en efecto, que la anormalidad del resultado negativo obtenido pueda —donde sea adecuadamente probada— ser suficiente para fundar una presunción de «inadecuada o no diligente ejecución de la prestación profesional»; y haciendo, de tal manera, gravar sobre el profesional (en particular, quirúrgica) la carga de «proveer la prueba contraria: de haber ejecutado adecuadamente y diligentemente la prestación profesional» (sentencia n. 6141 de la Corte de Casación, del 21 de diciembre de 1978, en *Giurisprudenza Italiana*, 1979, I, 1, p. 953).

La importancia de tal afirmación aparece del todo evidente, donde se tenga presente que por jurisprudencia consolidada «en tema de responsabilidad profesional el incumplimiento, tratándose de obligaciones de comportamiento no puede deducirse por el contrario de la ausencia de resultado» (sentencia n. 3329 de la Corte de Casación, del 12 de diciembre de 1962, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1963, p. 282; sentencia n. 1386 de la Corte de Casación, del 12 de setiembre de 1970, en *Giustizia Civile*, 1971, I, p. 627; sentencia n. 2052 de la Corte de Casación, del 23 de mayo de 1975, en *Archivio Civile*, 1975, p. 1485).

La importancia innovativa de la decisión de 1978 no parece disminuida por la presencia de algunos precedentes, los cuales aparecen en términos generales menos significativos (Tribunal de Milán, del 30 de mayo de 1960, en *Temi*, 1960, p. 521; Corte de Apelación de Milán, 17 de febrero de 1961, *ivi*, 1962, p. 609; sentencia n. 3616 de la Corte de Casación, de 15 de diciembre de 1972, en *Foro Italiano*, 1973, I, p. 1475). A ello se le debe subrayar que sucesivamente al pronunciamiento *de qua* ha sido reafirmado

para esclarecer los estudios del enfoque tradicional (sentencia n. 5885 de la Corte de Casación, del 9 de noviembre de 1982, en *Archivio Civile*, 1983, p. 496; sentencia n. 3463 de la Corte de Casación, del 18 de mayo de 1988, en *Il Corriere giuridico*, 1988, p. 989, con nota de R. Danovi): precisándose, entre otras cosas, que también en caso de culpa médica incumbe al cliente la carga de probar «las específicas omisiones o las insuficiencias de la actividad prestada» por el profesional (sentencia n. 1544 de la Corte de Casación, del 17 de marzo de 1981, en *Massimario della Giustizia Civile*, 1981, p. 600; Corte de Apelación de Nápoles, 6 de abril de 1982, en *Archivio Civile*, 1982, p. 740).

La intervención, confirmada (en términos) de la regla jurisprudencial arriba referida por obra de la misma Corte Suprema (sentencia n. 6220 de la Corte de Casación, del 16 de noviembre de 1988, cit.; para un puntual comentario de la decisión, FINESCHI, V., «Una responsabilità medica sempre più «oggettiva» nel trend della giurisprudenza italiana», en Zacchia, 1989, p. 144) parece conferirle el cariz de principio consolidado; legitimando la convicción que la brecha abierta en el muro de la carga de la prueba en caso de responsabilidad médica se encuentre destinado a ampliarse también a otras hipótesis de responsabilidad profesional, según la lógica del criterio *res ipsa loquitur*^{NT6} (sobre la cual se reenvía a la voz PROVA: I) Diritto processuale civile).

9. Casos específicos

Se referirán en seguido, a título ejemplificativo de los criterios examinados, una serie de pronunciamientos significativos concernientes al ejercicio de algunas profesiones intelectuales.

a) *Medico-cirujano*:

- En relación a los problemas del consentimiento al tratamiento sanitario, se ha afirmado recientemente —acogiendo una perspectiva generada en tiempos relativamente recientes, al menos en la formulación adoptada— que el paciente debe ser informado de manera previa por el *cirujano* «del efectivo alcance de la intervención, en relación a su gravedad, de los efectos susceptibles de obtener, de las inevitables dificultades, de las

^{NT6} Para una primera aproximación al estudio del instituto de la *res ipsa loquitur* puede revisarse el reciente artículo del profesor BULLARD, Alfredo. «Cuando las cosas hablan: el *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil». *Themis*, 2ª. época, n.º 50, Lima, 2005, p. 217 y ss.

eventuales complicaciones y de los previsibles riesgos implícitos de fracaso, ello para poder decidir entre la oportunidad de proceder a la intervención, dada la razonable expectativa de éxito, y de la necesidad de omitirlo en ausencia de ventajas previsibles, excluyéndola en todo caso dada la certeza de perjuicios permanentes» (sentencia n. 3604 de la Corte de Casación, del 12 de junio de 1982, en *Archivio Civile*, 1982, p. 1124: en el caso, la actora lamentaba que, solicitada la extirpación de un pequeño lipoma en el muslo derecho, el cual fue realizado, y sin su conocimiento, también una intervención de «*lipomatosis*» notablemente destructiva sobre su muslo izquierdo);

- «La falta de adopción de un remedio adquirido para la practica médica, sin contrastes, e idóneo a evitar la manifestación de complicaciones post-operatorias, implica la vulneración de la diligencia profesional regulada y asumida por el profesional» (sentencia n. 1441 de la Corte de Casación, del 8 de marzo de 1979, en *Giurisprudenza Italiana*, 1979, I, 1, p. 1494: en el caso, se trataba de la intervención para extirpar e inmovilizar un sector de la rodilla durante la cual no había sido aplicada «*un drenaje en ambos lados de la herida operada*», con el consecuente proceso cancerígeno);
- La presencia de «problemas técnicos de particular dificultad» a causa de las «particulares condiciones anatómicas descubiertas en la intervención quirúrgica» ha sido afirmada en un caso de extirpación quirúrgica de la tiroides (Tribunal de Verona, del 22 de abril de 1972, en *Giurisprudenza Italiana*, 1974, I, 2, p. 974. La sentencia fue posteriormente reformada en grado de apelación, después de una nueva consulta técnica, con decisión de la Corte de apelación de Venecia, del 26 de marzo de 1976, en *Giurisprudenza di Merito*, 1978, p. 837; finalmente, la sentencia n. 1845 de la Corte de Casación, del 18 de abril de 1978, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1978, p. 591, confirmó la sentencia de segundo grado);
- A los fines de la responsabilidad profesional vinculada a la solución técnica de problemas de especial dificultad la omisión de una fase operatoria comprimida en la terapia preelegida constituye culpa grave con prescindencia de su utilidad (sentencia n. 1756 de la Corte de Casación, del 6 de junio de 1972, en *Giurisprudenza Italiana*, 1973, I, 1, p. 1376: en particular, se trataba de una intervención quirúrgica para corregir el equinismo de un miembro inferior);
- «La terapia por electroshock es terapia normal, que no requiere la solución de problemas técnicos de excepcional dificultad, sino solo la observancia escrupulosa de normas técnicas, de deberes de diligencia y de común prudencia» (sentencia n. 3616 de la Corte de Casación, del 15

de diciembre de 1972, cit.: en particular, ha sido afirmada la responsabilidad del médico por una doble fractura del húmero como resultado de un tratamiento ejecutado sin la adopción de las normales cautelas del caso);

- «La imponderada, apresurada extirpación de un órgano sano, erróneamente considerado enfermo, constituye culpa grave del cirujano que la hubiere realizado» (Corte de Apelación de Nápoles, del 12 de octubre de 1955, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1957, p. 391) (v. MEDICO: IV) Responsabilità penale del medico);
- En particular, sobre el deber de información a cargo del cirujano plástico v. la sentencia n. 4394 de la Corte de Casación, del 8 de agosto de 1985, en *Foro Italiano*, 1986, I, p. 121; en doctrina v. QUADRI, E. «Profili contrattuali del chirurgico plastico». En *Diritto e Giurisprudenza*, 1987, p. 761;
- En cuanto concierne a la culpa grave del medico sanitario en caso de nacimiento de un hijo no obstante la intervención de interrupción del embarazo *cfr.* Tribunal de Padua, del 9 de agosto de 1985, en *Foro Italiano*, 1986, I, p. 1995;
- Sobre la errada colocación de prótesis dental v. Corte de Apelación de Roma, del 27 de noviembre de 1986, en *Nuovo diritto*, 1988, p. 437;
- Acerca de la omisión de determinación de las consecuencias neurológicas después de un trauma en el cráneo v. la sentencia n. 1847 de la Corte de Casación, del 22 de febrero de 1988, en *Archivio Civile*, 1988, p. 684;
- Sobre la intervención de neurocirugía ejecutada no obstante la ausencia de experiencia específica en el sector por parte de quien realiza la operación, v. la sentencia n. 2428 de la Corte de Casación, del 26 de marzo de 1990, en *Massimario del Foro Italiano*, 1990.

Es menester resaltar que según la sentencia de la Corte de Casación, Sala Penal, del 16 de febrero de 1987, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1988, voz «Professioni intellettuali», n. 99, «la culpa profesional del médico debe ser evaluada por el juez con amplitud de visión y con comprensión». También se ha afirmado que los médicos dependientes por entidades hospitalarias publicas son responsables como los profesionales privados por los daños sufridos por sus pacientes; sentencia n. 2144 de la Corte de Casación, del 1 de marzo de 1988, en *Foro Italiano*, 1988, I, p. 2296 (v. MEDICO: II) Medico ospedaliero).

b) Abogado:

- Las hipótesis en las cuales ha sido afirmada la responsabilidad del abogado por culpa ordinaria son reconducibles, por lo demás, en la categoría

de las actividades más estrictamente técnico-procesales: p. e., notificación de la denuncia civil (Tribunal de Salerno, del 29 de febrero de 1980, en *Il Foro Napoletano*, 1981, I, p. 271); la integración del contradictorio y notificaciones respectivas (sentencia n. 1437 de la Corte de Casación, del 24 de marzo de 1978, en *Archivio Civile*, 1978, p. 920); subsanación de la apelación inadmisibile (sentencia n. 3298 de la Corte de Casación, del 29 de noviembre de 1973, en *Foro Italiano*, 1974, I, p. 678);

- La *fattispecie* [hecho jurídico concreto] de ausencia de comunicación del defensor de oficio al imputado aparece como reconducible al área de las actividades que comportan una evaluación discrecional del operador, abogado que recurre en Casación, del anuncio recibido *ex art.* 533 del Código penal (sentencia n. 969 de la Corte de Casación, del 17 de febrero de 1981, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1981, p. 747: en particular, ha sido confirmada la decisión de segundo grado que había excluido la responsabilidad del abogado) (v. AVVOCATO E PROCURATORE: II) Diritto processuale);
- Ha sido, en cambio, considerado aplicable el art. 2236 c. c. en la hipótesis en la cual el abogado deba establecer «si el contrato preliminar deba ser probado por escrito donde tal limitación probatoria hubiere sido prevista por la ley o para el contrato definitivo» (Pretorio de Taranto, del 19 de febrero de 1982, en *Giurisprudenza Italiana*, 1982, I, 2, p. 581: en particular, se tomaba en consideración el contrato de cesión de empresa).
- Sobre la errada evaluación del interés del cliente en la solicitud de pruebas testimoniales v. la sentencia n. 3463, del 18 de mayo de 1988, en Repertorio del Foro Italiano, 1988, voz «Professioni intellettuali», n. 95;
- Ha sido considerada la responsabilidad del abogado por haber retenido de manera inmotivada la documentación proveída por su cliente, precluyendo la posibilidad de que éste último pueda recurrir a la autoridad jurisdiccional; Corte de Casación sentencia n. 11612, del 4 de diciembre de 1990, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1988, voz «Professioni intellettuali», n. 115. Para una puntual exposición v. CLARIZIA, R. y R. RICCI, [5].

c) *Notario:*

- En el ámbito de las actividades ubicadas más allá del ejercicio de la función del funcionario público, han sido reconducidas, además de las ya recordadas «*visure*» (catastrales e hipotecarias. Según la Corte de

Apelación de Turín, del 16 de octubre de 1989, en *Foro Italiano*, 1990, I, p. 1003, el notario es responsable por haber certificado la libertad de un bien gravado con hipoteca, tiene el deber de proceder a la cancelación de la hipoteca, y además a resarcir el daño ulterior. En general v. sentencia n. 7827 de la Corte de Casación, del 24 de octubre de 1987, en *Vita notarile*, 1988, p. 366; y la sentencia n. 7127 de la Corte de Casación, del 29 de agosto de 1987, en *Rivista del notariato*, 1989, p. 422), p. e., el registro de actos rogados (sentencia n. 1254 de la Corte de Casación, del 4 de marzo de 1981, en *Massimario della Giustizia Civile*, 1981, p. 482: en particular, se ha considerado la culpa del notario que, aún proveyendo de manera oportuna a la inscripción de una compraventa de maquinarias, «omite, aunque no se hubiere acordado específicamente el compromiso, de emplear para obtener la aplicación de la menor alícuota, llevando el acto a registro en fecha sucesiva de aquella de vencimiento del beneficio»); la inscripción de los mismos (cf: sentencia n. 1148 de la Corte de Casación, del 22 de febrero de 1979, en *Giustizia Civile*, 1979, I, p. 790: «El notario se encuentra obligado a proveer la inscripción del acto que hubiere recibido aunque las partes no le hubiesen anticipado el importe de las tasas, de los honorarios y de los gastos del acto»);

- Con referencia a la inscripción de los actos mencionados en el párrafo precedente, la interpretación del art. 2671 no se presenta seguramente unívoca, respecto al deber de realizar la inscripción «en el menor tiempo posible»: se ha considerado, p. e., que «el lapso de tiempo de seis días no constituye retardo culpable» (Corte de Apelación de Catanzaro, del 4 de abril de 1967, en *Archivio de la responsabilità civile*, 1968, p. 910: compraventa inmobiliaria); mientras se debe considerar responsable por inscripción tardía del acto de compraventa inmobiliaria el notario que hubiere realizado la formalidad «ocho días después de la autenticación del acto, cuando, en las postrimerías, ya había sido inscrito la pignoración de los bienes vendidos por parte del acreedor alienante» (Corte de Apelación de Milán, del 27 de mayo de 1975, en *Archivio Civile*, 1976, p. 758); así como es responsable de los daños sufridos por el adquirente, a causa de la publicación anterior de un secuestro relativo al mismo inmueble, el notario que «hubiere demorado dieciocho días antes de registrar el acto de compraventa inmobiliaria» (Corte de Apelación de Trento, del 4 de mayo de 1964, en *Archivio della responsabilità civile*, 1966, p. 1009);
- El notario tiene el deber de determinar la capacidad legal para contratar de las personas que intervienen en el acto negocial que le sea presentado. En su defecto es responsable civilmente *ex contractu* de los

efectos perjudiciales de su incumplimiento (Corte de Casación sentencia n. 3066, del 29 de octubre de 1971, en *Rivista del notariato*, 1972, p. 326).

d) *Ingeniero y arquitecto:*

- Se ha afirmado que el ingeniero proyectista deba considerarse responsable «de la inundación de la construcción proyectada, y que su responsabilidad no requiere de culpa grave, no implicando la individuación de los límites la solución de problemas técnicos de especial dificultad» (Corte de Casación sentencia n. 1818, del 29 de marzo de 1979, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1979, p. 803; en sentido conforme v. Corte de Casación sentencia n. Corte de Casación sentencia n. 3476, del 21 de julio de 1989, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1989, voz «Professioni intellettuali», n. 98; en *contra*, en el sentido que «no ingresa en la actividad profesional del ingeniero o del arquitecto, al cual hubiere sido encomendada la elaboración del proyecto de obra urbanística y la dirección de los respectivos trabajos, la tarea de controlar los reales límites del terreno sobre el cual debe erigirse la obra», v. Corte de Apelación de Milán, del 9 de enero de 1973, en *Archivio della responsabilità civile*, 1973, p. 426);
- La obligación de redactar un proyecto de ingeniería que hubiere sido configurada como «*de risultato*» cuando al mismo proyectista sea confiada también la dirección de los trabajos, v. la sentencia n. 5509 de la Corte de Casación, del 27 de octubre de 1984.
- «El ingeniero, que hubiere realizado el encargo de elaborar el proyecto, no puede ser exonerado de responsabilidad por errores en el proyecto, asumiendo que ésta, para haber solicitado el cálculo de concreto armado para emplear en la construcción, implicaba la solución de problemas técnicos de particular dificultad» (sentencia n. 3557 de la Corte de Casación, del 11 de diciembre de 1972, en *Archivio della responsabilità civile*, 1973, p. 260);
- Ha sido reconocida la culpa grave del profesional que hubiere asumido la obligación de redactar y de presentar para la aprobación del proyecto de construcción de un edificio, cuando «omita proveer al proyecto de los elementos que son absolutamente necesarios para consentir dicha aprobación» (Corte de Apelación de Florencia, del 8 de mayo de 1968, en *Giurisprudenza Toscana*, 1968, p. 578: en particular, fue omitida la presentación de la planimetría de la zona, la previsión del acceso a la vía pública y de la salida de las aguas blancas y sucias);

- Aparece como bastante particular la *fattispecie* [hecho jurídico concreto] resultante de la resolución de la Corte de Apelación de Roma, 9 de julio 1965, en *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 1966, p. 127: ha sido excluido, en particular, que el incumplimiento del profesional fuese a imputarse a su negligencia o impericia, puesto que, «tratándose de proyectar un palacete de tipo económico y popular en una zona de lujo... se hubiere encontrado en la imposibilidad de conciliar los criterios informativos de tal tipo de construcción con las exigencias estéticas y panorámicas de la zona» (el proyecto, aprobado por la Comisión edilicia comunal no había luego obtenido la aprobación de la Superintendencia de monumentos porque la obra a edificar no reunía un valor estético idóneo). El proyectista de un edificio ha sido considerado responsable por no haber requerido al comitente un apropiado estudio sobre la naturaleza y consistencia del terreno, originando vicios de construcción: sentencia n. 4531 de la Corte de Casación, del 12 de julio de 1986, en *Repertorio del Foro Italiano*, 1987, voz «Professioni intellettuali», n. 112. Para la responsabilidad del topógrafo v. la sentencia n. 286 de la Corte de Casación, del 13 de enero de 1984, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1984, p. 670.

10. Fuentes normativas

Artículo 1176 del *Codice civile*. *Diligencia en el cumplimiento*. En el cumplimiento de la obligación el deudor debe usar la diligencia del buen padre de familia.

En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe evaluarse de acuerdo a la actividad realizada.

Artículo 1228 del *Codice civile*. *Responsabilidad por el hecho de los auxiliares*. Salvo voluntad diversa de las partes, el deudor que en el cumplimiento de la obligación se vale del obrar de terceros, responde también por los hechos dolosos o culposos de aquellos.

Artículo 2236 del *Codice civile*. *Responsabilidad del prestador de obra*. Si la prestación implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de obra no responde de los daños, si no en caso de dolo o culpa grave.

Artículo 2671 del *Codice civile*. *Deber de los funcionarios públicos*. El notario u otro funcionario publico que hubiere recibido o autenticado un acto sujeto a inscripción tiene el deber de ocuparse que esta sea realizada en el menor plazo posible, y se encuentra obligado al resarcimiento de los daños en caso de retardo, salvo la aplicación de las penas pecuniarias previstas por

las leyes especiales, si deja transcurrir treinta días de la fecha de de recepción o autenticación del acto.

Permanecen firmes las disposiciones de las leyes especiales que establecen a cargo de otras personas el deber de exigir la inscripción de determinados actos y las sanciones relativas.

11. Bibliografía

El instituto de la responsabilidad del profesional es tradicionalmente – sobre todo en cuanto al aspecto civilístico– de formación jurisprudencial. Las contribuciones específicas se limitan, en la mayor parte de los casos, a comentar las decisiones recaídas sobre la particular *fattispecie* [hecho jurídico concreto] en examen.

El objetivo de esta bibliografía es, por tanto, aquel de señalar aquellos trabajos que, por amplitud de tratamiento y/o por riqueza de datos jurisprudenciales referidos, permitan trazar mejor un cuadro exhaustivo del tema:

- [1] ANCONA, S. «La responsabilità del professionista». *Temi*, 1962, p. 606 y ss.;
- [2] ANGELONI, F. «La responsabilità civile del notaio», Padua, 1990, *ivi*, p. 79 y ss., y p. 111 y ss.;
- [3] BIANCA, C. Massimo. «Inadempimento delle obbligazioni». En *Comentario al codice civile Scialoja-Branca*, arts. 1218-1229, Bolonia-Roma, 1979;
- [4] CATTANEO, G. *La responsabilità del professionista*. Milán, 1958;
- [5] CLARIZIA, R. y R. RICCI. «La responsabilità civile dell'avvocato». En *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1985, II, p. 153 y ss.;
- [6] DE MARTINI, A. «La responsabilità civile del medico». *Giustizia civile*, 1954, p. 1224 y ss.;
- [7] D'ORSI, V. *La responsabilità civile del professionista*. Milán, 1981;
- [8] FORTINO, M. *La responsabilità civile del professionista*. Milán, 1984;
- [9] GIACOBBE, G. «Professioni intellettuali». En *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Milán, 1987, p. 1065 y ss.;
- [10] GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento (Corso di diritto civile)*. Milán, 1975;
- [11] LEGA, C. *Le libere professioni intellettuali*. Milán, 1974;
- [12] LEGA, C. «Le prestazioni del medico come oggetto di «obbligazioni di mezzi»». En *Giurisprudenza Italiana*, 1962, I, 1, p. 1247 y ss.;
- [13] LEPRI, A. «La responsabilità civile del notaio». En *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1985, II, p. 176 y ss.;
- [14] MACRÌ, C. «La responsabilità professionale». en Autores varios. *Le professioni intellettuali*. Turín, 1987;
- [15] MAIORCA, Carlo, «Colpa civile (teoria generale)». En *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Milán, 1960, p. 534 y ss.;
- [16] MENGONI, Luigi. «Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»». *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1954, I, p. 185 y ss.;

- [17] MONATERI, Pier Giuseppe. *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*. Padua, 1989;
- [18] MORSILLO, G. *Architetti, ingegneri, geometri: responsabilità civile e penale*. Milán, 1988;
- [19] MUSOLINO, G. *La responsabilità del professionista tecnico*. Rimini, 1990;
- [20] NATOLI, Ugo. «L'attuazione del rapporto obbligatorio». En Antonio Cicu y Francesco Messieno (dirs.). *Trattato di diritto civile*, vol. XVI, 2, Milán, 1984;
- [21] NICOLÒ, Rosario. «Adempimento (diritto civile)». en *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milán, 1958, p. 554 y ss.;
- [22] PRINCIGALLI, A. *La responsabilità del medico*. Nápoles, 1983;
- [23] RESCIGNO, P. «Obbligación (nozioni)». En *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIX, Milán, 1979, p. 133 y ss.;
- [24] RIVA SANSEVERINO, L. «Lavoro autonomo». En *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, arts. 2222-2238, Bolonia-Roma, 1963;
- [25] RODOTÀ, Stefano. «Diligenza (diritto civile)». En *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milán, 1964, p. 539 y ss.;
- [26] ROSSELLO, C. «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale». En Guido Alpa y Mario Bessone. *La responsabilità civile*, I, Turín, 1987;
- [27] SANTORO PASSARELLI, Francesco. «Professioni intellettuali». En *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, Turín, 1967, p. 23 y ss.;
- [28] SCALFI, G. «L'assicurazione della responsabilità civile dei professionisti». En *Archivio della responsabilità civile*, 1970, p. 397 y ss.;
- [29] SCOGNAMIGLIO, R. «Personalità umana e tutela costituzionale delle libere professioni». En *Diritto di famiglia e delle persone*, 1973, p. 402 y ss.;
- [30] SGOBBO, R. «Materiali per lo estudio della responsabilità medica». En *Diritto e Giurisprudenza*, 1987, p. 817 y ss.;
- [31] SPIROLAZZI, G. «La responsabilità civile del libero professionista». En *Giurisprudenza Italiana*, 1956, IV, p. 97 y ss.;
- [32] STRADOLINI, G. «L'obbligazione del professionista». En *Diritto e Giurisprudenza*, 1973, p. 402 y ss.;
- [33] TORRENTE, A. «La prestazione d'opera intellettuale». *Rivista giuridica del lavoro*, 1962, I, p. 1 y ss.;
- [34] TUNC, A. «Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza », traducción italiana en *Nuova rivista di diritto commerciale*, 1947-1948, I, p. 126 y ss.;
- [35] VIGOTTI, A. «La responsabilità del professionista». En Guido Alpa y Mario Bessone (eds.). *La responsabilità civile*, IV, Turín, 1987;
- [36] VISINTINI, Giovanna. «Inadempimento e mora del debitore». En Piero Schlesinger (dir.). *Comentario al codice civile*, arts. 1218-1222, Milán, 1987;
- [37] VISINTINI, Giovanna. *La responsabilità contrattuale*. Nápoles, 1979;
- [38] ZANA, Mario. «Profili storici della responsabilità medica». En *Studi in onore di Vincenzo Palazzolo*. Milán, 1986, p. 901 y ss.;
- [39] ZANA, Mario. *La responsabilità civile del medico*. Milán, 1981;
- [40] ZANA, Mario. «La responsabilità del medico». *Rivista critica di diritto privato*, 1987, p. 159 y ss.