

Verdad es que, atendiendo sólo á las apariencias, este razonamiento todavía no parece decisivo. No responde, podría decirse, contradiciéndole, al concepto opuesto de que más allá de la *c. leve* no haya ni sea posible otro modo de culpa, por responder al tipo medio del hombre diligente. Añádasé también: si á esta figura y criterios mesuradores se presume por todos, y esta presunción debe estar también en la voluntad común, que es la ley, que deben los asociados conformarse en el ejercicio respectivo de su propia libre actividad, no se puede decir, sin errar, que se haya impuesto un tipo superior de diligencia por el imperativo jurídico en cuanto al cuasi delito. La ley, hecha para los hombres, informa sus disposiciones en lo que éstos son común, no excepcionalmente (*c. grave*), ó en lo que deberían ser de una manera superior (*c. levisima*). Pero tampoco puesto así queda victorioso el razonamiento; y aunque se observe, como característica de la sociedad moderna (1), que cada vez se hace más humana, menos severa, se podrá siempre responder que, fuera de las relaciones contractuales, la medida de la actividad humana en la sociedad civil es la *posibilidad* de ofender el derecho ajeno. Guárdense, pues, todos de ello, y cada cual se comporte, no sólo como la mayoría de los hombres de su condición haría en las mismas circunstancias (*c. leve*), sino aun con mayor cuidado, hecha reserva de su *posibilidad* subjetiva de lograrlo (imputabilidad). Tal es, y no otro, el significado de la *c. levisima*.

Confíesa ésta lo que también se ha observado ya, sin confundirse, como sucede, en la otra dirección, con la *c. grave* y el *dolo*. *Dolo* y *caso fortuito* son los dos términos en que se desenvuelve la institución de la culpa, tanto en la contractual como en la extracontractual; pero en esta última el criterio para fijarla, más que la diligencia ordinaria, es la diligencia exactísima, la del diligentísimo padre de fa-

(1) Taine, *Philosph. de l'art*, Paris, 1893, I, p. 123.

milia, tipo al que se debe recurrir para saber cuándo está determinado por la *culpa* ó por el *caso*. No otra cosa se ha querido decir al afirmar que se debe responder de toda culpa.

De la comparación de las circunstancias del hecho con el criterio sugerido, podrá resultar que en las circunstancias en que el agente cometió el hecho no había de modo alguno la no posibilidad de prever sus consecuencias. Faltaría entonces la culpa, y, por consiguiente, la imputabilidad. Pero de este aspecto de la culpa (que después de todo es un verdadero significado), por el cual el criterio abstracto se aplica al hecho especial, al agente, dando la figura de la injuria *subjetiva*, se hablará en seguida. Examinando la entidad de la culpa considerada en sí, en su contenido objetivo de falta de diligencia, falta aún saber si la *impericia* es culpa, de qué modo y en qué medida, y si los *errores profesionales* en las artes liberales se deben apreciar con criterios especiales.

47. Hablamos ahora de la *impericia* particularmente, no porque en ella se advierta algún elemento especial que determine alguna modificación de los principios expuestos, sino á fin de evidenciar algunas teorías que se enseñan sobre este punto, y que no responden al concepto de responsabilidad.

Algunos, en efecto, quieren asignar á la *impericia* una figura muy distinta de la negligencia y la imprudencia (1). Otros, en cambio, afirman que constituye una especie particular de culpa (2). Construcciones enteramente inútiles, ó peor, dañosas, pensando en la teoría que enseña la excusabilidad de los errores profesionales; pues coordinando la doctrina á un modo especial de culpa, se hace, en efecto, posible dar á la *no imputabilidad del error profesional* el aspecto de singularidad que de ordinario se le atribuye.

(1) Laurent, ob. cit., XX, 466, 471, 482. V. el cap. sig.

(2) Giorgi, ob. cit., V, 154.

No. La impericia es culpa, y el error profesional puede ser también culpa bastante á constituir cuasi delito. A la índole de la c. aquiliana, á su valuación, no la sirve de indicio que la fije ó mida la *d. in concreto*, por lo cual la impericia se confunde en la falta de diligencia; es culpa propia; «*imperitia culpa adnumeratur*» (1). ¿De qué vale decir que no hay defecto de diligencia, cuando el agente ha puesto en el hecho el cuidado que le concede la extensión de sus conocimientos? Antes de dedicarse á un asunto debía conocer bien si poseía aptitud conveniente (2), y esto basta para poner de relieve la omisión de diligencia necesaria para el cuasi delito; esto es, la existencia de la culpa.

Por esto están en lo cierto los que no dan á la impericia ninguna importancia en sí, ni la consideran como modo particular de ser de la c. aquiliana, y asignándola entidad de culpa (en su concepto general, que comprende también la contractual), plantea la cuestión de la extensión de las reglas relativas al cuasi delito á todas las profesiones, y responde afirmativamente (3). Pero si la impericia es culpa, el error profesional derivado de ella origina también c. delito; es culpa en su entidad objetiva.

47 bis. Es culpa, hemos dicho, ó mejor *puede ser culpa* (contractual ó no contractual, refiriéndose la impericia ó el error profesional á defecto de diligencia en general), porque su apreciación *in abstracto* requiere la determinación clara de todos los elementos que deben concurrir para constituirla. Y si esta valuación debe hacerse teniendo como criterio de comparación el comportamiento que una persona diligente ó diligentísima (según la investigación

(1) L. 132, D. de V. S. (L, 17).

(2) Cons. l. 7, § 6, 8 pr. y § 1, 9, 27, § 29, c. 29, § 2, D. ad. l. Aq. (IX, 2). V. también §§ 7, 8, I, de l. Aq. (IV, 3). Cons. especialmente Pernice, ob. cit., VII. V. también Castellari, l. cit., n. 42.

(3) Sourdat, ob. cit., I, 670 y sig.; Larombière, ob. cit., l. cit., n. 15; Demolombe, ob. cit., VIII, 516; Aubry y Rau, ob. cit., § 446; Colmet de Santerre, ob. cit., V, 364.

se refiera á la culpa contractual ó á la extracontractual) hubiera tenido ó debiera tener en la misma *condición* en que el agente se hallaba ante el ofendido, y si necesariamente al investigar esa condición no se deben considerar únicamente las circunstancias atinentes al hecho, sino la persona del agente, su estado, independientemente de su relación con el hecho ilícito (c. *subjetivamente* entendida), deberemos decir que el *tipo de comparación* del hombre diligente ó diligentísimo deberá referirse á la figura abstracta de una persona del mismo estado ó condición del agente, de su grado de cultura y de educación civil.

Este concepto, por el cual la figura abstracta del buen padre de familia representa la realidad de las cosas, más que parezca á la crítica que pretende combatirla, ha sido ya ampliamente desarrollado al sentar los principios sobre la culpa en general y la contractual particularmente (1). No es preciso volver sobre ello, porque la determinación de la c. contractual *en abstracto* vale también para la extracontractual, y porque es patente la justicia de configurar el tipo del *buen padre de familia*, según la mayoría de los hombres pertenecientes á la misma condición y grado (estado) del agente. Y á la manera que la impericia es culpa, pero de los que ejercen la misma profesión pueden ser varias las condiciones, así la valuación de la impericia (culpa) debe hacerse en relación con el estado, grado y condición del profesional agente (2). O sea: no la ignorancia, sino la impericia, da por sí sola la materia de la culpa; pero necesariamente se debe añadir el hecho de la *condición ó posi-*

(1) *Culpa contractual*, c. III.

(2) V. la nota anterior. Así, para determinar la figura del buen padre de familia, indicio mesurador de la diligencia, y por ende de la c. *in abstracto*, no se investiga y fija un *ideal* de diligencia, sino que se abstrae buscando el tipo de diligencia que racionalmente debieran tener hombres del estado y condición del agente; de suerte que, como se dice en el texto, aparece aún más injustificada la crítica á ese criterio y á la expresión para significarle.

ción del agente que excluye de por sí la presunción de ignorancia é impericia, é incluye, por el contrario, la presunción de ciencia y pericia. De este modo la ignorancia é impericia son materia de injuria cuando son *culposas*.

48. Una enseñanza que, á propósito de impericia y de error profesional, da con frecuencia la doctrina y aun más exageradamente la jurisprudencia, error que conviene notar por su poca armonía con los principios y con la ley, es que tal modo de ser de la culpa se refiere particularmente á la culpa extracontractual, aun cuando los términos del hecho jurídico demuestren que la figura sea, no de culpa aquiliana, sino de culpa contractual. Así se determina la responsabilidad del carretero que no sabe disponer las misiones sobre el carro, del capitán que no sabe gobernar la nave, del cochero que no sabe refrenar los caballos, del artífice que por impericia estropea el objeto que se le ha dado á componer (1), y no se advierte en estos casos (y especialmente en los dos últimos) la incorrección de confundir la culpa aquiliana con la contractual.

Este defecto es más notable todavía en el que trata como culpa no contractual la responsabilidad de los arquitectos y de los contratistas (2), gobernada por la ley en el régimen del contrato de locación; más notable, porque esta responsabilidad la fija la ley expresamente en cuanto á la ejecución de un contrato, como hace con la responsabilidad de los cocheros y la del inquilino por el incendio de la casa arrendada, que también parece á algunos materia de cuasidelito (3). Ahora bien: en cuanto á estos casos y á la teoría de que son expresión, bastará observar que la impericia ó el error profesional no asumen, por el mero hecho de serlo, la figura de la culpa aquiliana; dan materia de culpa, son mo-

(1) Giorgi, ob. cit., 154.

(2) Cód. civ., art. 1.639.

(3) Sourdat, ob. cit., I, 661; Demolombe, ob. cit., VIII, 525; Guilouard, en la *Revue critique*, 1877, p. 72 y sig.; 1878, p. 91 y sig.

dos de ser de la injuria, y, considerándolos como figura que la culpa en general puede tomar, pueden constituir culpa no contractual ó contractual, según que ocurran en relación con un vínculo de obligación ó independientemente de esto.

La dificultad toma importancia especial tratando de la responsabilidad de los médicos, abogados, notarios, y, en general, de todos los que ejercen un arte liberal (1); pero se debe aquí objetar lo mismo que se ha observado en cuanto á la impericia ó al error profesional en general. Se dice en cuanto á los médicos, que los Tribunales no deben cambiarse en academias llamadas á elegir entre los varios sistemas aconsejados por la medicina, y que, por otra parte, tantas son las complicaciones que pueden surgir en la curación, que hagan excusable el error profesional; por donde se enseñaría la no responsabilidad como regla, exigiéndose sólo la excepción para el error sobre preceptos claros y generalmente admitidos, de modo que sea *grave, evidentísimo é imperdonable* (2); la culpa grave sería, pues, el término de la responsabilidad del médico, y consistiría en omitir cuanto en el caso especial aconsejaran la teoría y la práctica ciertas. Se ha querido dar mejor aspecto á esta teoría, distinguiendo la responsabilidad del médico que obra en tal condición (estado), de la responsabilidad del médico considerado como particular (3), poniendo el criterio y límite indicados á la primera, y quitándolos en la otra. Enseñanzas sustancialmente idénticas circulan también en cuanto á la responsabilidad de los abogados, que, en su sentir, no de-

(1) Giorgi, ob. cit., V, 278 y sig. Para la historia y la bibliografía, véase *Culpa contractual*, cap. V, y aquí el capítulo siguiente.

(2) Confr. Sourdat, ob. cit., I, n. 679; Demolombe, ob. cit., 532 y sig.; Dalloz, ob. cit., V. *responsabilidad*, n. 305 y sig.; Giorgi, ob. cit., I. cit. V. los autores citados en las notas siguientes.

(3) Giorgi, I. cit. V. Sourdat, I. cit., y la requisitoria de Dupin en Dalloz, I. cit., n. 129.

ben responder sino cuando les sea imputable culpa gravísima (1).

Las dos teorías incluyen un error común á ambas y otro especial de la segunda. El error común consiste en la pretendida aplicación correcta de las reglas sobre el cuasidelito á los errores profesionales, cuando el camino que se sigue es la negación manifiesta de los principios invocados. En efecto: si la culpa, incluso en su menor grado, basta para que exista cuasidelito, ¿es justo luego limitarla, en el caso de los errores profesionales, sólo para cuando éstos sean evidentes é inexcusables? Los dos atributos se refieren á dos órdenes de ideas completamente distintos, porque la *evidencia* parece que se refiere más bien al hecho, y

(1) Sobre la responsabilidad de los abogados y procuradores, cons. Merlin, *Rép. cit.*, *Avocat*; Demolombe, ob. cit., VIII, 556; Troplong, *Mandat* (ed. cit.), 16; Huc, ob. cit., VIII, 419; cfr. Laurent, ob. cit., XX, 519; Larombière, ob. cit., arts. 1.382-83, n. 15. Sobre los procuradores, véase especialmente Cas. fr., 26 Noviembre 1883 (*J. du P.*, 1885, I, 1.157); 26 Noviembre 1890 (*id.*, 1891, I, 152); 6 Marzo 1902 (*id.*, 1902, I, 145); 27 Marzo 1901 (*id.*, 1902, I, 146). Sobre los médicos, véase Denisart, *Coll. cit.*, *Chirurgien*; Demolombe, ob. cit., VIII, 543; Lecomte, *De la respons. des médecins, France judic.*, 1879, 206; Muteau, *De la responsab. civ.* (Par., 1898), p. 597 y sig.; Ap. Metz, 21 Mayo 1867 (*Dall.*, *Pér.*, 1867, 2, 110); 21 Mayo 1867 (*J. du P.*, 1868, 468); Ap. Argel, 17 Marzo 1894 (*id.*, 1899, 2, 237). Cfr. Dalloz, *Dict. gén.*, *Art de guérir*, n. 97; Laurent, ob. cit., XX, 516. Véase la monografía de Hü, *Étude hist. et jur. d. la resp. des médecins*, cap. II; véase especialmente Hefke, *Der Arzt im römischen u. im heut. Recht.* en «*Archiv f. praktische Rechtswissenschaft*», n. Folge, XIV B.; y, por último, un dictamen de Oppenheim, en *Zeitschr. f. Ohrenheilkunde*, Wiesbad., 1891, B. XXXV, ps. 225-259, y las mon. de Sarfatti, en *Legge*, 1900, I, 2 423 y sig.; de Ricca-Barberis, en *Atti della R. Acc. delle Sc. di Torino*, 1902, f. 12, 13; véase Cód. pen., art. 318 y sig., especialmente art. 323. Véase el cap. sig.; sobre los notarios, lo que se dirá luego.

Lo dicho sobre la responsabilidad de los médicos se aplica á las demás profesiones sanitarias: farmacéuticos, matronas, veterinarios, etc.

la *inexcusabilidad* al derecho; aquélla toca á la apreciación del Juez; la otra se refiere también á esto, pero principalmente al *grado* de la culpa, que apenas debería ser la *grave* si debiera darse importancia á la teoría. La ley, que, ordenando la materia del hecho ilícito no contractual, podría fijarla, estimando de este modo la condición del agente, no lo hace, sin embargo. Y el error profesional nada tiene en sí para que se imponga tal fijación especial del grado de conducta (1). El segundo error toca sólo á la última de las teorías, en la cual el defecto advertido se agrava con una distinción imposible. ¿Qué regla puede darse para separar el hecho del médico *como médico* del hecho del médico *como particular*? En la aplicación será imposible, y podrá suceder que se afirme la responsabilidad absoluta ó la irresponsabilidad en casos que deberían resolverse de otro modo (2).

49. Ni para la impericia, ni para los errores profesionales, se deben establecer teorías especiales. La correcta interpretación de la ley no lo consiente, y pronto se verá cómo el contenido que la doctrina impugnada da á la culpa grave, en realidad hace de ésta la culpa leve (siendo contractual) ó levísima (siendo no contractual); la trata, pues, como culpa *in abstracto* correctamente entendida. Baste advertir sobre la *inexcusabilidad* que para que exista el cuasidelito precisa siempre que la injuria sea imputable al autor, para lo cual hay que establecer la culpa subjetivamente entendida. Faltando la imputabilidad (como puede faltar por muchas causas), la figura del cuasidelito, imperfecta ya, no llega á tener existencia jurídica (3). Como aplicación de estas ideas, se verá que la responsabilidad del médico por impericia está en el hecho de que incurre

(1) V. el n. sig.

(2) Cons. Merlin, ob. y l. cit.

(3) V. Chironi, noticia del vol. VIII de la obra citada; ob. cit. de Demolombe, en *Rivista critica*, 1884, n. 4.

en culpa si no sabe lo que debiera saber por el oficio que ejerce, y hace lo que no sabe, y que, debiendo saberlo, deja creer que sabe. Pero tambien aquí la investigación de la culpa subjetiva es bastante delicada.

Porque si ciertamente no basta para eliminarlo decir que el médico no está obligado á conocer los descubrimientos, doctrinas y métodos empleados después de los estudios que le habilitaron para su profesión; si, antes bien, sería grave error pensarlo, porque el que ejerce una profesión nunca debe olvidar los nuevos descubrimientos con que ésta se perfecciona (1), hay que tener también en cuenta la posibilidad en que el médico esté de entenderlos plenamente y de aprovecharlos con seguridad, lo que no tendría el que, lejano de un centro de estudios ó de buena práctica (hospitales), no tuviese modo ó conveniencia de renovar sus conocimientos. Todavía debe añadirse la investigación sobre la diligencia ó culpa del médico al procurarse, conforme á su estado, noticia de los nuevos conocimientos, al asumir una cura, no obstante saber que los desconoce, cuando debería requerir ó aconsejar el auxilio de médicos más peritos; en su tratamiento como médico en casos de suma urgencia, careciendo en el momento de los medios técnicos necesarios, ó si, conociendo el caso ó por su oficio especial (cirujano ó cirujano especialista), no los hubiera llevado consigo (2).

49 bis. Las consideraciones hechas hasta aquí bastarían para demostrar la crítica de las teorías rechazadas; pero convendrá observar que la verdadera razón de la inexactitud de los mismos es que intentar una doctrina especial para los errores profesionales, adaptándola á los principios del cuasidelito, depende de la intención de referirlos absolutamente á la culpa aquiliana, aun siendo la culpa cierta-

(1) V. especialmente Oppenheim, dictamen citado.

(2) V. la nota anterior.

mente contractual (1); esto es lo que sucede, por regla general, con los médicos (2), abogados, procuradores (3) y notarios (4), tratándose de los cuales enseña que la culpa en el ejercicio de sus funciones sólo puede ser no contractual, en homenaje á la teoría según la cual el ejercicio de estas profesiones no es objeto válido de arrendamiento de servicios ó de otra relación contractual ó cuasicontractual. Un error debía engendrar necesariamente otro (5).

50. Se ha dicho (especialmente de los médicos, abogados y procuradores; de los notarios y alguaciles luego se dirá) que esta relación no puede calificarse de otro modo que de mandato retribuido (6), y se niega la proposición, objetando que en el mandato existe la representación como nota característica, por lo que respecto á terceros, si el mandatario obra dentro de los límites del poder que se le ha otorgado, es la persona del mandante la que obra jurídicamente en el hecho realizado por el representante (7). Y se ha observado también que el titular de una profesión liberal la ejerce en nombre propio, y no en el de la persona en cuyo favor la ejerce, razón que no es plausible para todas las profesiones liberales ni para todos los casos (8). Otros dicen que no hay en estos casos mandato, sino arrendamiento de obra, con todos los elementos que la ley exige para la

(1) En este sentido podría entenderse la teoría de Dupin (l. cit.) sobre la responsabilidad de los médicos. V. el cap. XVIII.

(2) V. los autores antes citados.

(3) Idem y el n. 54, y el párrafo siguiente.

(4) Idem.

(5) Cfr. Trib. fed. suizo, 10 Junio 1892 (*J. du P.*, 1892, 4, 38); pero véase el mismo Trib., 9 Diciembre 1892 (*id.*, 1893, 4, 16).

(6) Pothier, *Louage*, n. 23 y sig.; Duranton, *ob. cit.*, XVII, 224; Merlin, *ob. cit.*, V. *Notaire*, § 6, n. 4; Troplong, *Louage*, 791 y sig.; Marcadé, *ob. cit.*, art. 1.779; Championnière y Rigaud, *Des droits d'enregistrement* (París, 1851), II, p. 443.

(7) Duvergier, *Louage* (París, 1836), II, 267 y sig.

(8) ¿No es el procurador un mandatario?

existencia jurídica de este contrato (1); habiéndose objetado que la relación jurídica tiene aquí por objeto una cosa inestimable, como es el fruto del ingenio iluminado por el estudio, de tal suerte, que la compensación de la prestación no puede llamarse precio, sino honorario (2). Finalmente, otros no ven en ello ni mandato ni arrendamiento de obra (3), ni otra relación obligatoria: de modo que la persona que ejerce la profesión liberal no estaría obligada á prestar la obra prometida, salvo su responsabilidad por delito ó cuasidelito; pero, una vez que la prestara, tendría derecho á honorario. Alguien (4) exceptúa el caso en que la obligación fuese de realizar un trabajo determinado, en el cual el contrato sería obligatorio.

51. De estas tres teorías, la última resulta de elementos en contradicción resuelta con la ley, y las otras dos pecan por ser demasiado absolutas y por su extensión exagerada.

No es dudoso, en efecto, que en ciertos casos la relación entre el que ejerce la profesión liberal y el que requiere su obra no es un verdadero mandato con salario; pero también es cierto que á veces el mandato existe sin salario, como es también indiscutible que en otros casos hay verdadero arrendamiento de obra. Verdad es que los dos primeros casos parece que sólo se dan excepcionalmente, y que de ordinario el ejercicio de la profesión liberal origina la última de las tres figuras, á saber: el arrendamiento de obra. Contra este modo de ver, los partidarios de las dos teorías alegan argumentos comunes, cuyo valor apreciaremos ahora.

El mayor de ellos consiste en imaginar que el fruto de

(1) Duvergier, ob. y l. cit.; Laurent, ob. cit., XXVII, 335 y sig.

(2) Cfr. Troplong, ob. y l. cit., y los aut. cit. antes. Adde: Aubry y Rau, ob. cit., § 371 bis; Pacifici-Mazzoni, *Locazioni* (Firenze, 1872), 268; Guillouard, *Contrat du Louage* (Paris, 1891), II, 692 y sig.

(3) Aubry y Rau, ob. cit., l. cit. y § 344; Guillouard, ob. cit., l. cit.; Pacifici-Mazzoni, ob. cit., l. cit.

(4) Guillouard, ob. cit., II, 696.

la inteligencia no puede ser materia de arrendamiento de obra, y se querría confirmar esta idea con la distinción, bastante problemática, entre *precio* y *honorario*. Pero ¿qué es el honorario recibido sino el equivalente del ejercicio de la profesión liberal? Se añade que no se puede considerar la equivalencia del honorario con el precio del trabajo; pero tampoco es justo este razonamiento: el artífice que, sobre ajenos diseños, ha debido construir instrumentos delicadísimos, ¿á cuántas preocupaciones no habrá estado sujeto, cuánto habrá debido estudiar para perfeccionarse en la profesión que ejerce?

Se ha recurrido también á las fuentes del Derecho romano, sin pensar que la historia de las necesidades humanas, que es también la historia de la sociedad y del derecho, tiene sus épocas, sus fases; de modo que este derecho con frecuencia no está en armonía con la sociedad y el derecho moderno, y el no reconocer el mismo una determinada relación jurídica, no es razón suficiente para decir que no se deba reconocer en el estado y en el movimiento jurídico presente (1); así que, en este asunto, las ideas admitidas en la sociedad y en la ley romana eran distintas de las actuales. En efecto: el que piense en los conceptos de donde vino la denominación *operæ liberales, liberales artes vel disciplinae*, comprenderá cuán mal se avendrían las ideas de mercancía y precio de la obra ó servicio prestado para considerarse la remuneración como simple beneficio (2); pero observará también que esas distinciones se van cambiando á medida que, aun conservándose la primitiva locución de *operæ liberales*, se reconoce en quien las ejercita el derecho

(1) V. Gabba, en el *Foro italiano*, X (1883), p. I, col. 36. V. también Chironi, *Socialismo ed individualismo nel diritto privato*, Turin, 1899; y la aguda observación de Jhering, en *Jahrb. f. d. Dogm.*, B., XVIII, p. 41.

(2) V. especialmente Séneca, *De beneficiis*, VI, 15 y sig.

de pedir una *adecuada* (1) compensación (2). El paso de una á otra de las dos fases no se efectuó tan bruscamente que permitiera notar cuánto la segunda está en contradicción con la primera, por lo cual la compensación no recibió el nombre de *precio* del servicio, sino el de *remuneratio, honorarium* (3), quedando así eliminada la figura del arrendamiento de la obra, si bien apareciese clara en el caso del honorario debido al abogado por patrocinio del litigio, en el cual los textos, aun indicando la existencia del mandato, no consienten la *a. mandati* (4); y se buscó la conciliación entre los dos momentos, huyendo de aplicar cualquiera de las figuras de los contratos nominados, y concediendo el derecho al *honorario* por vía de una *extraordinaria cognitio* (5), y el poder de obtener lo que anteriormente á la prestación de la obra se hubiese pactado, mediante la *a. praescriptis verbis*, por encontrar en el hecho los elementos de un contrato innominado (6).

Parecía, sin embargo, que aun habiendo cambiado las ideas acerca de la liberalidad de ciertas artes, aun influían en que su ejercicio compensado no diera lugar á arrendamiento de obra; pero el que la prestaba tenía la garantía de otra acción, á lo que se adaptaba bien un medio especial del procedimiento romano: la *extr. cognitio* y la clase de los contratos innominados. Así se realizaba la evolución, dejando á salvo el prestigio de las *op. liberales* frente á las

(1) Cfr. para los abogados ley 1, § 10, D. *de extr. cognition.* (L. 13); y para los *proxenetae*, l. F, D. *de proxenet.* (L. 14).

(2) V. l. 1, D. *de extr. cogn.* (L. 13), y l. 1, D. *si mensor falsum mod. dix.* (XI, 6).

(3) L. 1, pr. D., *si mensor*, etc. (XI, 6). V. Hefke, mon. cit., p. 109 y sig.

(4) Cons. Wening-Ingenheim, *L. v. Schadenersatze n. röm. Rechte* (Heidelb., 1841), § 101.

(5) L. 1, D. *de extr. cogn.* (L. 13); l. 3, D. *de proxenet.* (L. 14).

(6) L. 5, §§ 2 y 22, D. *de praescr. verbis* (XIX, 5). Cons. Seuffert, ob. cit., § 334; Göschel, ob. cit., § 513; Zimmermann, cit. en *Archiv für civilist., Praxis*, N. S., vol. VI, p. 222 y sig.

demás, en las cuales podía recurrirse válidamente al contrato de locación (1). Las fuentes guardan expreso testimonio de este proceso (2).

Compréndese cómo, bajo el imperio de estos conceptos dominantes, la jurisprudencia anterior á la codificación consideraba que el hecho jurídico descrito no tenía la figura jurídica del arrendamiento; y que, falta de los medios procesales con los que en el Derecho romano se verificaba la conciliación referida, se construyese y aceptase la del mandato con compensación; resolución que no puede ser adoptada en el Derecho moderno en su generalidad, libre como está el movimiento jurídico de las consideraciones tradicionales que lo habían sugerido; y todavía menos puede acogerse la otra, que no hace de la prestación de obra un vínculo jurídicamente obligatorio.

Esta libertad, y por consiguiente la diversidad de ideas en cuanto al modo de apreciar el arte liberal como objeto de relación jurídica, de tal suerte que mal se pueden inferir hoy de las fuentes del Derecho antiguo las resoluciones que la conciernen, se demuestra perfectamente por muchas observaciones especiales. Así, el *mensor*, según la ley romana, ejercitaba una profesión liberal, y la moderna, regulando el contrato de arrendamiento de obra, establece expresamente la responsabilidad del arquitecto (3). En cambio, la pintura, recordada en las teorías contradecidas como arte liberal, podía ser objeto de arrendamiento de obra (4). No sólo esto: hoy, en que el derecho de propiedad literaria está garantizado por leyes y tratados internacionales, la ce-

(1) Cons. Windscheid, ob. cit., § 404, y especialmente la monografía de Schaeffer, en *Zeitschrift f. Civilrecht u. Prozess*, N. Fol., B. 7, 1 y sig.

(2) L. 7, § 8, D. *ad. l. Aq.* (IX, 2). V. otras referencias en Hefke, ob. cit.

(3) Cód. civ., art. 1.639 y sig.; Cód. civ. fr., art. 1.792 y sig.

(4) L. 5, § 2, D. *de praeser. verbi* (XIX, 5). Cfr. Pacifici-Mazzoni, l. cit.; Guillaouard, l. cit.

sión hecha por el titular se llama venta, y no hay honorario, sino precio; y cuando la ley no regula expresamente el contrato de edición (1), se infiere del arrendamiento de obra la figura jurídica de la relación por la que uno se obliga á suministrar original de imprenta á un editor, del cual reciba un equivalente determinado. La ley mercantil, determinando los actos de comercio, aludé manifiestamente á este concepto (2).

52. Contra la última de las teorías expuestas, todavía se pueden oponer otras consideraciones especiales.

Enseña ella que el compromiso del que ejerce una profesión liberal no constituye vínculo obligatorio (3), y aplica esta decisión reconociendo en el abogado el derecho de abandonar el pleito (4) cuando reconozca su insuficiencia, y en el médico el de abandonar la curación del enfermo por el mismo motivo; salvo, no obstante, la responsabilidad en que pudieran incurrir por delito ó cuasidelito. Pero no se advierte que la excepción destruye la regla, ya porque la omisión sólo sirve para constituir cuando existe obligación de hacer, y, por consiguiente, vínculo; y en el caso propuesto, la obligación de hacer puede muy bien ser convencional; ya porque además del hecho ilícito se requiere el elemento de la culpa, y el médico y el abogado que aceptan prestar su obra en el caso en que sus conocimientos son insuficientes, incurren en culpa, toda vez que debieron contar antes con sus aptitudes. Este concepto es

(1) Cód. civ. alemán.

(2) Cód. de comercio, art. 3, n. 10. V. *Atti della Commiss. incaricata di studiare le modif. da introdursi al Cod. di Comm.*, n. 128 bis, 145, 146. *Relaz. della Commiss. del Senato*, p. 10.

(3) Demolombe, ob. cit., VIII, 556; Aubry y Rau, l. cit.; Troplong, ob. cit., 16; Huc, ob. cit., VIII, 419; Guillouard, l. cit.; Pacifici-Mazzoni, l. cit.; Giorgi, ob. cit., n. 155, en f. Cfr. Laurent, ob. cit., XX, 519; Larombière, ob. cit., art. 1.382-83, n. 15.

(4) V. los aut. cit. en la n. 1. V. también Cresson, *Usage et règles de la profess. d'avocat*, II, 69.

simple aplicación de la doctrina impugnada, que pretende apoyarse en las fuentes del Derecho romano, en las cuales se decidía expresamente la responsabilidad por culpa aquiliana del médico que, habiendo practicado con éxito bueno ó malo una operación quirúrgica en el enfermo, abandonase después su curación (1); decisión en perfecta coherencia con las ideas recibidas en cuanto á la naturaleza jurídica de las profesiones liberales, y, atendiendo á una decisión especial (2), con las reglas sobre el concurso de las acciones. En cambio, la doctrina que discutimos no responde al concepto que luego acepta en materia de inspección.

No hemos de dejar de observar cómo, negada á la promesa de obra liberal la entidad de un vínculo obligatorio cualquiera, se reconoce después en el que la profesa el derecho á obtener una compensación, acabada que sea la obra (3), proposiciones que están en desacuerdo. ¿A qué relación se ligará, como á su causa, la existencia de tal derecho? Si es á un contrato, ¿se podrá decir correctamente que sólo se forma cuando quede *acabado* el hecho que sea su *objeto*? Y, dado el *objeto* y concurriendo los demás extremos de su formación, ¿no se podrá decir, por el contrario, que existía anteriormente?

Por otra parte, puesto que el derecho á la compensación nace una vez prestado el servicio, si éste se ha cumplido mal por culpa del profesional, el derecho del perjudicado á obtener resarcimiento, ¿no tendrá la misma razón jurídica que el del profesional á obtener el honorario? Ahora bien: si la relación de obligación da origen á esta pretensión y no puede dejar de dar causa á la otra, la culpa y la responsabilidad tendrían carácter contractual.

El defecto de la teoría aparece mejor con la adición que

(1) L. 8, § pr. D. *ad. l. Aq.* (IX, 2); el § 6, I, *de l. Aq.* (IV, 3).

(2) L. 7, § 3, D. *ad. l. Aq.* (IX, 6).

(3) V. los aut. antes citados.



hace un escritor (1), diciendo que existe el contrato civilmente obligatorio entre las partes cuando el objeto sea una obra limitada, determinada. ¿Habrá una venta? Supóngase que sea tal la figura de la relación constituida; pero ¿no hay contradicción entre la regla y la restricción cuando se piensa que, sentado el principio en que se informa esta última, la regla no tiene razón de ser? La compensación se trocaría en *precio*; y si es tal para la venta, eso se comprende, porque dejaría de serlo para el arrendamiento. ¿Será arrendamiento de obra? La contradicción no pierde nada de su gravedad.

53. Por consiguiente, se puede fijar como resultado de la investigación que el ejercicio de un arte liberal es por sí objeto válido de relación jurídica, que no se presenta sólo bajo la única forma de mandato ó de arrendamiento de obra, sino que asume variedad de formas, según como la prestación se determina y el objeto que le da la voluntad de las partes. Por esto, en algunos casos toma la figura del mandato, como en la constitución de procurador; en otros, la de arrendamiento de obra, como en la obligación del abogado al patrocinar una causa, ó en la del médico al asumir la cura de un enfermo; en otros, en fin, la de venta, y hasta, según alguna ley especial (2), puede tomar la forma de mandato y arrendamiento de obra, como cuando el procurador es á la vez abogado en la causa. Sin embargo, la figura del arrendamiento es la más frecuente.

Se ha observado que la ley, en sus disposiciones, considera como objeto del contrato de arrendamiento de obra sólo las obras manuales (3); pero nada justifica interpretación tan arbitraria. Verdad que esta razón de distinguir según la naturaleza del objeto atribuida á la ley, se funda

(1) Guillaud, ob. y l. cit.

(2) Ley para el ejercicio de las profesiones de abogado y procurador de 8 de Junio de 1874.

(3) Pacifici-Mazzoni, ob. y l. cit.

sobre la distinción de los productos materiales é inmateriales, asunto de no leve disputa entre los economistas (1), si bien, por otra parte, sus mantenedores no hayan dudado en cuanto á que los productos no materiales pueden entrar en la circulación económica. Tanto en las industrias manuales cuanto en las llamadas liberales; tanto en los productos materiales cuanto en los inmateriales, la economía tiene para apreciarlos el criterio de la utilidad de que tienen valor; por el valor es por lo que el derecho considera las *cosas* como *bienes*, valor que en los contratos conmutativos se manifiesta por vía de la prestación recíproca, y que en el contrato de arrendamiento es *precio* del servicio.

No importa objetar que la ley, entre los elementos del arrendamiento de obra, enuncia el «salario pactado» (2). Ciertamente que el salario pactado de antemano es el caso más frecuente; pero en los casos descritos también sucede con frecuencia lo contrario, pues nada impide á las partes dejarlo para cuando el trabajo se concluya (3), especialmente cuando hay una autoridad que, en caso de disenso, liquida el precio debido ó dictamina sobre el mismo. Este es el caso de tácita referencia ó determinación ajena, como en el honorario de los abogados fijado por un cuerpo especial en caso de discordia (4), ó del de los médicos, sobre el cual puede dictaminar el Consejo Sanitario (5).

53 bis. La cuestión que vamos examinando es grave en relación con la doctrina de la culpa. Si el ejercicio de las profesiones liberales puede ser válidamente objeto de obli-

(1) Cons. Ferrara, prefacio al vol. V de la *Biblioteca dell'Economista*, 1.ª serie.

(2) Cód. civ., art. 1.570.

(3) Confr. Schaeffer, mon. cit., y el mismo Pacifici-Mazzoni, ob. cit., n. 270. Cfr. Cód. civ. austriaco, § 1.163.

(4) Ley 8 Junio 1874. No se habla ahora de los procuradores, cuyos derechos están fijados en arancel, y en cuyo ejercicio se advierte antes la función de mandato que la de arrendamiento de obra.

(5) Ley sanitaria de 22 de Diciembre de 1888.