

Universidad de Salamanca.

Responsabilidad civil del abogado.

Autor: Rodrigo Padilla

Directores: Dr. Juan Carlos Veiga Tártara
Dra. Esther Torrelles Torrea

Índice:

- I) Introducción. Tema y método seguido para su estudio.
- II) Responsabilidad del abogado y del procurador.

Capítulo I

Misión del abogado. Sus faltas y la distinta naturaleza de las sanciones. Sistema de la responsabilidad civil del abogado.

- 1) La misión del abogado. Reconciliación entre lo individual y social, lo parcial e imparcial, el interés personal y el bien común.
- 2) Clasificación de deberes profesionales según su distinta “esencia”.
- 3) Sus faltas y la distinta naturaleza de las sanciones. La antijuridicidad.
- 4) Delimitación de nuestro estudio. Sistema de la responsabilidad civil del letrado.
- 5) Conclusiones de este capítulo.

Capítulo II

La imputabilidad profesional. Primera parte.

- 1) La imputabilidad como presupuesto responsabilizante. El ciclo responsabilizadorio y la necesidad de su configuración en cualquier orden.
- 2) La atribuibilidad: el abogado que actúa personalmente y aquél que lo hace en conjunto.
 - 2.1. Responsabilidad personal (directa).
 - 2.2. El ejercicio transfronterizo de la abogacía en los Estados europeos. Su reconocimiento.
 - 2.3. Ejercicio temporal de la abogacía en los Estados de acogida. El abogado “visitante” y el requisito de la “concertación”.
 - 2.4. Ejercicio permanente de la abogacía en los Estados de acogida. El abogado inscripto y el letrado integrado.
 - 2.5. Sentencia del TJCE del 7 de noviembre de 2000 en el caso del Gran Ducado de Luxemburgo.
 - 2.6. La regulación nacional española.
- 3) Sobre las características de la relación abogado-cliente. La fiducia o confianza, el *intuitu personae* y la infungibilidad de la prestación.
- 4) Responsabilidad indirecta:
 - 4.1. Auxiliares y dependientes del abogado.
 - 4.2. Abogados sustitutos y delegados.
 - 4.3. El profesional dependiente.

4.4. Agrupaciones de abogados. Despachos colectivos y sociedades de profesionales del Derecho.

4.4.1. Las sociedades profesionales en algunos países europeos. Estado general de la cuestión.

5) Ordenamientos español y argentino.

5.1. Las llamadas sociedades de medios. Su reconocimiento y utilidad.

5.2. Despachos colectivos de abogados y sociedades de abogados (*stricto sensu*).

5.3. Sobre la responsabilidad disciplinaria y civil de los despachos colectivos y de las sociedades de abogados.

6) Estudios multidisciplinarios.

7) La posibilidad del ejercicio transfronterizo de la profesión de abogado en grupo. La cuestión en Europa, especialmente en España.

8) A modo de síntesis.

9) Conclusiones de este capítulo.

Capítulo III

La imputabilidad profesional. Segunda parte.

1) Factores de atribución. Criterios subjetivos, objetivos y mixtos.

2) La responsabilidad profesional y sus falsas dicotomías. La culpa del profesional.

2.1. ¿Existe, acaso, una responsabilidad profesional civil con criterios propios, distinta de la responsabilidad civil general?

2.2. La culpa profesional, ¿es diversa de la culpa común?; ¿Es válido hablar de una culpa grave diferente de la leve?

2.3. ¿Responde el profesional del Derecho por culpa levísima? El modelo de conducta aplicable al abogado.

2.4. ¿Es acertado distinguir los errores científicos de los errores materiales?

2.5. La responsabilidad civil del abogado frente a su cliente, ¿ha de juzgarse con las reglas que gobiernan la responsabilidad contractual o extracontractual? El artículo 1728 del nuevo Código unificado argentino.

2.6. La famosa clasificación binaria de las obligaciones en de medios y resultado, ¿es una teoría que hoy deba aplicarse?

2.6.1. Origen de la clasificación.

2.6.2. Acerca de la distinción entre las obligaciones en de medios y resultado.

2.6.3. Criterios usados para su distinción.

2.6.4. Finalidad perseguida por los partidarios de esta clasificación.

2.6.5. ¿Cómo se regula esta cuestión en el nuevo Código Civil y Comercial argentino?

2.6.5.1. Las obligaciones de medios y resultado. Su tibia y confusa recepción en el novel Código argentino.

2.6.5.2. Reglas probatorias “generales” y carga dinámica de las pruebas.

2.6.6. Algunas conclusiones provisorias.

2.6.7. Nuestra postura al respecto: su superación en el campo procesal: determinación legal, presunciones judiciales y distribución dinámica de las pruebas; y en el ámbito sustancial: la *lex artis ad hoc*.

2.7. ¿Es válido afirmar que el profesional del Derecho con su cliente celebra en algunas ocasiones un contrato de servicios y en otras de obra intelectual? Sobre el contrato de prestación de servicios profesionales y el nuevo Código argentino.

2.8. La diferenciación en el quehacer del abogado ejerciente acerca de las cuestiones de hecho y derecho, ¿es real?

2.9. ¿Es conveniente la distinción a los efectos de determinar la responsabilidad profesional del abogado, según éste actúe como apoderado o como patrocinante?

2.9.1. La “supuesta” obligación del letrado de *recurrir* las sentencias adversas al interés de su cliente.

2.10. La apreciación de la culpa profesional, ¿debe realizarse conforme al criterio abstracto o concreto?

2.11. En cuanto a la cuestión probatoria respecto de la culpabilidad, ¿recae sobre el damnificado la prueba de la culpa del profesional, o sobre éste la de haber obrado con diligencia -prueba de la no culpa-? El nuevo Código Civil y Comercial argentino.

3) Conclusiones de este capítulo.

Capítulo IV

La relación de causalidad y el daño en la responsabilidad profesional del abogado.

Parte primera: la relación de causalidad.

1) La causalidad como *presupuesto* de la responsabilidad civil profesional.

2) La causalidad como *límite* de la responsabilidad civil.

2.1. Sistema argentino. El Código Civil de Vélez y el nuevo Código Civil y Comercial.

2.2. Sistema del Código Civil español.

2.3. Apretada síntesis sobre la causalidad.

3) Conclusiones sobre la causalidad.

Parte segunda: el daño.

- 1) Daño emergente: gastos y costas procesales.
- 2) Perjuicio denominado “pérdida de chances”.
 - 2.1. Presentación del problema.
 - 2.2. Etimología y génesis del concepto “pérdida de chances”. Recepción del mismo.
 - 2.3. Concepto de pérdida de chances y su determinación.
 - 2.4. Sobre su configuración: método estadístico y el denominado juicio sobre el juicio.
 - 2.5. Sobre su *quantum*.
 - 2.6. Requisitos para que la chance sea resarcible.
 - 2.7. Pérdida de chances productivas y afectivas.
 - 2.8. Su recepción a nivel internacional en general y europeo en particular.
 - 2.9. Su recepción en el nuevo Código Civil y Comercial argentino.
 - 2.10. La cuestión en la jurisprudencia en materia de mala praxis forense.
 - 2.11. Pérdida de chances y “privación de la pretensión”. Diferencias.
- 3) Daño o agravio moral.
 - 3.1. Su configuración y cuantificación. Prueba del mismo.
 - 3.2. Daño moral “punitivo”. Casos en los que el abogado actúa con dolo o culpa grave.
- 4) Privación del derecho a una tutela judicial efectiva.
- 5) Palabras finales: la necesidad de contratar un seguro de responsabilidad civil profesional.
- 6) Conclusiones sobre el daño que debe reparar el abogado imperito.

Conclusiones finales.**Abreviaturas:**

AC	Aranzadi Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
Adla	Anales de Legislación Argentina

"

AP	Audiencia Provincial
ap.	apartado
art. (s)	artículo (s)
art. cit.	artículo citado
BGB	Código Civil alemán; Bürgerliches Gesetzbuch
Bs. As.	Buenos Aires
cap.	capítulo
CAC	Código de la Abogacía Catalana
CC	Código Civil
CCyC	Código Civil y Comercial
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
cit.	citado
Código de Ética	Código de Ética para la Capital Federal
conf.	conforme
CN	Constitución Nacional
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
D. (Dig.)	Digesto del emperador Justiniano
ED	El Derecho
Ed.	Edición
EGA	Estatuto General de Abogacía española
ej.	ejemplo
etc.	etcétera
expet.	expediente
F.D.	Fundamento de Derecho
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial
inc.	inciso
JA	Jurisprudencia Argentina
JPI	Juzgado (Justicia) de Primera Instancia
LECiv.	Ley de Enjuiciamiento Civil
LL	La Ley
LLBA	La Ley Buenos Aires
LLNoroeste	La Ley Noroeste
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
n°	número
ob. cit.	obra citada
pág. (s)	página (s)
pte. gral.	parte general
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
sent.	sentencia
s.s.	subsiguientes
STS	Sentencia (s) del Tribunal Supremo
t.	tomo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
tít.	título
TS	Tribunal Supremo de España
vg.	verbigracia
vol.	volumen

D) Introducción. Tema de la presente tesis y método seguido para su estudio.

¿Podemos prescindir de los abogados?¹ Cuestionamiento de respuesta tan obvia que la omitimos. Nadie duda que en todas las culturas, el “conocedor del Derecho” ha ocupado un papel preponderante². Acaso seamos tan necesarios como los médicos, aunque, nobleza obliga, debemos admitir que su presencia es más imperiosa. Pero no se crea que tanto. Precisamente en esta tesis se verán las similitudes que existen en estas profesiones y la justicia que representa brindarles un trato “semejante” en cuanto a la responsabilidad civil.

Sin embargo, a pesar de lo antedicho, distinta fue la consideración que, desde el punto de vista jurídico, recibieron los profesionales del “arte” de curar y los del Derecho. En efecto, en gran parte de nuestro planeta los médicos en las últimas cuatro décadas fueron ‘acosados’ ante los tribunales inundándolos con juicios de *mala praxis*³, algunos con razón y muchos otros sin ella⁴. En cambio, recién en los últimos años se pone el acento en que también los abogados en su quehacer profesional pueden incurrir en malas prácticas. Los otros profesionales -verbigracia: arquitectos, constructores, escribanos, etcétera- ocupan un lugar intermedio entre esos extremos, según nuestra opinión⁵.

¹ El origen de la abogacía lo podemos encontrar en el milenio tercero antes de Cristo, en Sumeria -cuna de tantos “hitos” de la humanidad-. Es decir que tratamos con una profesión de cinco milenios de antigüedad. Curiosamente, las primeras balanzas también fueron encontradas en Sumeria hace unos 9.000 años. Si bien fueron construidas por una cuestión netamente comercial, no por ello dejan de ser el símbolo natural de la justicia. Ciertamente, los abogados son tan necesarios que sólo en la grandiosa mente de Santo Tomás Moro podemos imaginarnos un lugar, la isla de Utopía, en donde no existan abogados. A propósito, ha escrito el gran jurista florentino Calamandrei que “La supresión inmediata o próxima de la abogacía... es una utopía; se podrá, hoy o mañana, abolir su nombre o sus formas actuales; pero la función quedará bajo cualquier régimen, mientras existan leyes y tribunales encargados de aplicarlas y personas deshonestas dispuestas a violarlas”. Ver en CALAMANDREI, Piero, *Demasiados Abogados*, traducido por Josep Xirau, Edición de Librería El Foro, Buenos Aires, 2003, pág. 30. Ver también en esa misma obra, en su introducción, premisa tercera, que nos habla de “La supresión de la abogacía”. Allí nos dice el brillante jurista que todos los intentos de abolición de la abogacía que se conocen fracasaron. Nos pasa revista de lo sucedido en Francia luego de la revolución, en Hungría, en la Rusia “leninista” y en la Prusia autocrática (año 1781).

² Se ha afirmado que la importancia de ese papel bien puede derivarse “de que ha sido justamente el conocedor del derecho el que conoce y maneja el lenguaje de las normas jurídicas, esto es el derecho, y éste ha sido en todas las sociedades el vehículo de que se vale un Estado para hacer del conocimiento del gobernado cuál es el papel que juega cada quien en la estructura social y cómo se conforma ésta. Si esto es así, no debe sorprendernos que sea en la Roma clásica donde este sujeto adquirió un perfil y una relevancia que podemos considerar extraordinarios”, conf. GONZÁLEZ, María del Refugio, “El abogado en la historia”, en *El papel del abogado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Universidad Americana de Acapulco, Porrúa, México, 1999, pág. 89.

³ Sin dudas que la fórmula o giro *mala praxis* ha adquirido carta de ciudadanía en el lenguaje jurídico, no obstante, nos preguntamos siguiendo a Julio CHIAPPINI: “¿perpetra un culteranismo, un barbarismo, un neologismo, una construcción sintáctica anglicista? En aras a la morfología, no incurre en un culteranismo pues carece de obscuridad o afectación. Tampoco hay barbarismo o neologismo a la vista pues ambas voces son castizas. Sí, en cambio, parece se comete un vicio sintáctico... En suma, y tras tantos devaneos y digresiones: ¿es correcto decir *mala praxis*? Sí en cuanto la gramática (la sintaxis) castellana admite que el adjetivo anteceda o suceda al sustantivo. En rigor tamaña versatilidad es ilógica, primero debiera ser el ser y luego sus atributos (crítica que se le realizó a la filosofía cartesiana). En inglés, incluso, no hay alternativa, el adjetivo precede; y de allí, de la *malpractice*, nuestro sintagma. En el fondo, se dirá, es lo mismo. Incluso el giro *práctica mala* nos resultará desacostumbrado y hasta (para los permeables a las falsas sutilezas) cacofónico”, ver en *Derechos y deberes de los jueces y abogados*, Editorial Jurídica Panamericana, Santa Fe, 2003, págs. 411 y 415. El agregado entre paréntesis que alude a la doctrina de René Descartes -*Cartesius* o Cartesio- es nuestro. Por cierto que en nuestra tesis además de emplear la fórmula “mala praxis” -con la aclaración realizada-, también acudiremos a la fórmula “mala práctica”, mientras que desecharemos el giro *malpraxis* puesto que ni siquiera está receptado en el diccionario de la Real Academia Española.

⁴ Es claro que la relación entre médicos y abogados no está pasando por su mejor momento. Ello es constatable en gran parte de nuestro orbe y se debe al elevadísimo número de demandas que fueron objeto los médicos, la gran mayoría sin razón y por montos siderales lo que incrementó, entre otros aspectos, el costo del seguro de responsabilidad civil de éstos y un continuo deambular entre el quirófano y los tribunales. Hasta tal punto llegó este acoso que el Colegio de Médicos de Nueva York se manifestó con pancartas que expresaban literalmente “que las cesáreas, en más, las hagan los abogados”, según nos comenta MORELLO, Augusto M., “De las buenas relaciones entre médicos y abogados”, *D. J.* 2007-III, pág. 883.

⁵ Se ha resaltado que la menor cantidad de casos de responsabilidad civil de los letrados, comparados con los médicos, obedece a ciertas causas, entre las cuales no se encuentra precisamente el mayor celo puestos por los primeros en el ejercicio profesional. Al contrario, en nuestra profesión existen muchos casos de impericia, pero el daño causado por un abogado es más fácil de ocultar que el de un médico. Además, remarca el estimado autor que seguimos, la mínima falta cometida por un profesional de la salud puede ser causa de un daño en extremo grave. Por el contrario “el ejercicio negligente de la profesión por parte del abogado, siempre encuentra un margen de corrección a través de la labor oficiosa del tribunal y de la posibilidad de rectificación que otorgan los diversos remedios procesales, sobre todo los de tipo recursivo”, conf. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Responsabilidad civil de los abogados. Daño moral”, *J.A.*, 1992-IV, pág. 617. En general compartimos tal parecer, más allá de ciertas precisiones técnicas que haremos a lo largo de esta tesis.

Pues bien, ya se despertó conciencia que es antisocial la política que pretende mantener un sector inmune a la responsabilidad, máxime si esa parcela está constituida por los profesionales del Derecho. Incluso -y enfocando el ámbito privado donde reina casi soberanamente la autonomía de la voluntad- corresponde fulminar con la sanción de la nulidad -parcial- a aquellos pactos que pretendan limitar la responsabilidad civil del abogado⁶.

Nadie duda que el médico -siguiendo con el paradigma comparativo- tiene en sus manos los bienes más apreciables del hombre: su vida y salud. Ahora bien, ¿no constituyen atributos inherentes a la personalidad, -reconocidos constitucionalmente en cualquier sociedad que se llame democrática- la libertad, el honor, la intimidad, el patrimonio, etcétera?⁷ ¿Y no son estos los valores con los que el abogado se encuentra a diario? ¿Qué le

⁶ En este aspecto, se ha dicho que “resulta lesivo de la moral social y de las buenas costumbres que el abogado, imponiendo estipulaciones convencionales unidireccionales, pueda liberarse de la responsabilidad civil subsiguiente al despliegue deficitario de su actividad profesional”, conf. CASTRO DURÁN, Ricardo Manuel, “Los pactos limitativos de la responsabilidad civil del abogado”, en *Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, pág. 164. El carácter de la nulidad “parcial” representa que el negocio jurídico -contrato de prestación de servicios profesionales jurídicos- conserva plena validez sin perjuicio de la mentada cláusula limitativa, la cual debe tenerse por “no escrita”. Es decir, tal como señala el autor citado, la declaración de la nulidad parcial invalida sólo la estipulación exonerativa, mientras que las cláusulas restantes -si superan el examen de adecuación al control de la “buena fe”- mantienen su eficacia, criterio sustentado en el principio de conservación del negocio, CASTRO DURÁN, *art. cit.*, pág. 163. También en este sentido en las I Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes (Buenos Aires) se ha declarado que “Las cláusulas limitativas o eximentes de responsabilidad de los profesionales son inválidas” (conclusión 6ª, tema 3). En cuanto a lo que debe entenderse en Argentina por nulidad “total” y “parcial”, debe tenerse en consideración el art. 389 del nuevo Código Civil y Comercial, el cual dispone que “Nulidad total es la que se extiende a todo el acto. Nulidad parcial es la que afecta a una o varias de sus disposiciones”. Además, esa misma norma señala que la nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables. Entendemos que esta última regla puede resultar de aplicación al caso que nos concierne, pudiendo el juez, de ser necesario, integrar el acto de acuerdo a su naturaleza e intereses de las partes; aunque resulte más sencillo aún, tener por no escrita a dicha cláusula limitativa de responsabilidad del letrado y por válidas las cláusulas restantes del contrato de prestación de servicios profesionales. Además, debe tenerse en consideración el art. 1743 del CCyC que expresamente dispone que “Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder”. Puede verse con provecho, MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Las cláusulas limitativas o exonerativas de la responsabilidad de los profesionales”, en *Revista de Derecho de Daños, 2016-3, Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, págs. 103 y s.s.

⁷ La abogacía, se ha sostenido con acierto, “constituye una dignísima función de servicio a sus semejantes, pues dedica su vida y ciencia a atender a quienes no están en condiciones de defenderse por sí mismos, y ver entonces conculcados sus derechos, los más sagrados muchas veces, porque en las manos del abogado se juegan el patrimonio, la familia, la libertad y hasta la vida misma”, conf. PERAL, Juan Carlos, “*El Abogado*”, Marcelo Bourguignon coordinador y director, Universidad Nacional de Tucumán, Centro Único de Derecho, Tucumán, pág. 49. También se ha señalado que del ejercicio de la abogacía se resguarda la inocencia y el derecho de defensa de las personas que integra el debido proceso; y, precisamente, para proteger a los “usuarios” de los servicios profesionales está la garantía de la titulación y de la incorporación al colegio profesional respectivo. De hecho, la “colegiación” como instancia protectora, es la razón de la exclusión del régimen de defensa del consumidor. Además, sigue nuestro autor citado diciendo que “En razón de que las personas tienen derecho a la defensa en juicio, a la salud y a la integridad personal, se regula el ejercicio de los profesionales que intervienen exigiendo que quienes lleven a cabo dichas actividades hayan adquirido los conocimientos y formación técnica para ello; por esa razón, el título universitario y la matrícula constituyen la garantía para los usuarios de los servicios de estos profesionales, debiendo respetarse el debido proceso en el control ético-disciplinario, que aunque no repara, aplica sanciones a sus matriculados. Como en el ejercicio de la profesión -derecho subjetivo- podrían lesionar a terceros, entonces surge la potestad disciplinaria -en este caso ético-profesional- como un límite al ejercicio de la profesión y como una garantía a los posibles perjudicados”, conf. TREJO, Ramón Enrique, “La responsabilidad de los profesionales en el Estado de Derecho”, en *Revista de Derecho de Daños, 2016-3, Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, págs. 13 y 14. Este mismo autor enseña que los profesionales son titulares de derechos fundamentales en virtud de los cuales alcanzan esa formación profesional y el ejercicio posterior de la misma. Además, resalta que la regulación de las actividades profesionales en Argentina se plasmó históricamente en el texto constitucional (art. 14 CN) centrándose en la relación de los sujetos, dentro de la reglamentación de la libre elección al trabajo, sin injerencias estatales. Es lógico que el derecho constitucional a la libre elección de trabajo supone la libertad de toda persona a escoger el oficio u ocupación y a profesionalizarse libremente en ella. Por supuesto que el Derecho tutela sólo el ejercicio de los oficios u ocupaciones lícitos, cuyo límite es el daño a terceros. Aclara que “La profesionalización viene dada por el ejercicio habitual de esa actividad humana, oficio u ocupación, o bien, por el aprendizaje teórico-práctico de la misma, cuando ella es muy compleja. La profesión equivale a que una persona es poseedora de una serie de conocimientos y habilidades adquiridas y necesarias para la ejecución de

queda a la vida sin la libertad! Cuántas veces nos enseñó la historia el sacrificio de aquella por amor a ésta. En este sentido: ¿acaso la injusticia no es una enfermedad social y los abogados los llamados a curarla? Recordemos en este aspecto aquel aforismo latino que dice *in advocatorum tutela non privatorum duntaxat, sed et reipublicae salus continetur*; es decir no sólo los asuntos privados, sino la salud de la propia sociedad es de la incumbencia de los abogados⁸.

En otro aspecto, a nadie se le escapa que la dificultad real -al menos la más significativa según nuestro parecer- que existe para que los profesionales del Derecho sean demandados por juicios de malas praxis -al igual que sus pares de la medicina, arquitectura, etcétera- constituye una mal llamada “cortesía profesional”, o sentimiento de camaradería o corporativismo⁹. En este caso en particular es más patente aún, pues la encontramos en todo el proceso.

Nótese que será un abogado el que patrocine o represente a un particular -que bien puede ser otro abogado- frente a un caso de mal desempeño de su anterior abogado. A su turno este último también podrá hacerse asistir por otro colega. Llegado el caso, tal vez se requiera una pericia específica que será evacuada por otro profesional del Derecho. En fin, el mismo llamado a juzgar es otro abogado, como también lo son sus superiores en Grado¹⁰. Incluso en casos de arbitraje y de mediación también ocupa el rol principal este personaje. Es más, hasta las mismas reglas con las cuales ha de desenvolverse este peculiar proceso son realizadas por los abogados. En gran parte la autoría legal les corresponde, como así también con exclusividad la jurisprudencial y la doctrinal en este tema. Recordemos que “el abogado tiene el monopolio de abogar ante la justicia”¹¹.

Por otro lado, queremos dejar en claro que el *método* que utilizaremos para abordar esta rica temática será principalmente el analógico¹². Es decir que en gran parte acudiremos a importantes estudios que se hicieron respecto del “arte” médica y los extrapolaremos -

aquellas tareas que el oficio supone. En este sentido, el término derecho constitucional a la libre elección de trabajo es equivalente al derecho constitucional a la libre elección de profesión y oficio”, conf. *art. cit.*, págs. 1 y 2.

⁸ Con idéntico parecer, GAY MONTALVO, Eugenio, “El largo camino hacia un nuevo Estatuto General de la Abogacía: novedades y permanencias”, en *Comentarios al Estatuto General de la Abogacía Española*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pág. 51. Tal autor también resalta la importancia que le asigna la sociedad a las malas praxis que pueden cometer los abogados, jueces y médicos, tal como señalamos con antelación en el texto.

⁹ En idéntico sentido, entre otros autores, ver CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil*, Thomson Civitas (Editorial Aranzadi S.A.), Navarra, 2005, pág. 40. En tal estudio, galardonado con el VII premio Francisco de Asís Sancho Rebullida, la citada autora analiza las dificultades que suscita el reconocimiento de la declaración de responsabilidad civil de los abogados. Entre las dificultades de “hecho” nombra justamente la que resaltamos en el texto. También se ha remarcado que las normas que conforman la “ética profesional” no constituyen reglas de compañerismo. Lamentable y “Peligrosamente algunos confunden las reglas de ética con la regla de convivencia profesional o de cortesía profesional, y esta confusión lleva a neutralizar la ética, en tanto la regla ética no es una norma o regla de convivencia, sino una regla de conducta general”, conf. CARLI, Carlo, *Derecho Procesal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2ª ed., pág. 303. En el Derecho argentino también resaltan las dificultades que existen para el reconocimiento de la responsabilidad de los abogados, véase, por ejemplo, MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Las dificultades de la ciencia jurídica para concluir en la responsabilidad de quienes ejercen profesiones vinculadas a ella”, en *Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, págs. 7 y s.s.

¹⁰ En este sentido se ha dicho, en Argentina, que “La Constitución Nacional le asigna a un poder del Estado, como es el Poder Judicial, una condición profesional, cual es la de ser abogado -artículo 108 de la CN- y completa ese requisito para formular un control de los magistrados, al incluirlos en el Consejo de la Magistratura -artículo 114 CN- y competencia en la remoción de los magistrados cuando los incluye en el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación -artículo 115-. Por lo cual, la responsabilidad en el ejercicio de la abogacía se vincula con la regulación de una actividad que no se agota sólo en la representación profesional del caso concreto donde se desenvuelve, sino en la trascendencia que para la sociedad involucra la defensa en juicio. Como auxiliares de la justicia, la función social involucra al interés público, y podría afirmarse que existe una conexión entre el servicio de justicia y la presencia y actuación del abogado. De allí que se desprendan las exigencias éticas en el ejercicio de la profesión y la intervención del Estado en su regulación profesional, y dentro del nuevo contexto axiológico descripto, se involucra con el acceso a la justicia. La CN es el eje que motoriza el derecho a la jurisdicción, que comprende no sólo el derecho de recurrir ante los jueces, sino también el derecho de defenderse y de exigir una sentencia fundada y justa”, conf. TREJO, Ramón Enrique, *art. cit.*, págs. 36 y 37.

¹¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, pág. 706.

¹² Claro que también recurriremos al auxilio de los métodos comunes a cualquier investigación “científica”.

mutatis mutandi y con los cuidados pertinentes- a nuestra parcela singular. Ello, lógicamente, luego de acudir a teorías y conceptos tomados directamente de estudios atinentes a nuestra materia y, por supuesto, valiéndonos de las fuentes clásicas del Derecho (vg. ley, jurisprudencia, doctrina, etc.).

Además, y como se podrá apreciar con nitidez en las páginas que siguen, nuestro estudio se focaliza en dos ordenamientos jurídicos básicos: el argentino y el español¹³. Con ello no queremos decir que no acudiremos a fuentes de otros países, puesto que de hecho lo haremos y con marcada frecuencia. Sólo queremos remarcar que principalmente se tendrán presente esos sistemas¹⁴ en la elaboración de nuestra tesis.

De hecho, nos resulta obligado advertir que la elaboración de esta tesis fue debido al fruto de un esfuerzo o estudio que nos llevó al menos quince años¹⁵, en los cuales se produjeron importantes modificaciones legislativas que se ven reflejadas en la jurisprudencia y en la doctrina de los autores.

Por ejemplo, y como aclaramos en una reciente nota, en la Argentina a partir del año 2015 rige un nuevo Código, Civil y Comercial¹⁶ unificado, que deroga al famoso y

¹³ Por supuesto que estos ordenamientos no son idénticos. Una figura importante, por ejemplo, en la cual existen profundas diferencias, es la del “procurador”. Por ello haremos las aclaraciones pertinentes en el texto cuando las diferencias justifiquen que expliquemos un poco más la cuestión.

¹⁴ Dicho sea de paso, el Código Civil argentino, recientemente derogado, data del año 1871 (Ley 340 que entró en vigencia el primero de enero de tal año), mientras que el español es del año 1889. Es claro que algunos artículos del Código europeo se inspiraron en el sudamericano (tal como el art. 1104, básico en nuestra materia), pero también se debe resaltar que el codificador argentino, Don Dalmacio Vélez Sársfield, se inspiró sobremanera en el Proyecto de García Goyena de 1851. Tal Proyecto fue tomado como base del Código Civil español, con el cual está vinculado muy estrechamente. Es de destacar -volviendo a las influencias recíprocas de los dos ordenamientos básicos en nuestro trabajo- que cerca de unos 500 artículos del Código Civil argentino han sido influenciados por el Proyecto de 1851, siendo que en 300 de ellos dicha influencia fue decisiva. Además, las “concordancias” que colocó el codificador argentino han sido tomadas también de García Goyena (citas de leyes romanas, españolas y Códigos europeos) y del Proyecto de Código Civil uruguayo de Acevedo. De hecho, la reproducción es tan “fidel” que los mismos “errores de citas” también se reproducen. En pocas palabras, el Proyecto de García Goyena ha ejercido destacada influencia sobre numerosas codificaciones iberoamericanas y sobre el Código Civil aún vigente en España, siendo éste el nexo común que vincula fuertemente a los principales Códigos objeto de nuestro estudio. Ver, en este sentido y a quien seguimos, el trabajo de nuestro querido maestro, recientemente fallecido, MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “La codificación española y su influencia en el Código Civil argentino”, investigación presentada en el *Congreso Internacional de Lima en Homenaje al Centenario del Código Civil español: 1889 – 1999*, publicada en Academia de Derecho Civil, 1990-III, págs. 713 a 735.

Ahora bien, como adelantamos recién, el mentado Código Civil de Vélez fue recientemente derogado por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, el cual entró a regir el primero de agosto de 2015 (Ley 26.994). Es claro que en nuestra tesis haremos constantes referencias al nuevo Código (el cual toma como principal modelo el Proyecto del año 1998). En pocas palabras, no vamos a descuidar ningún ordenamiento, sea el recientemente entrado en vigencia, sea el de Vélez que tuvo una riquísima aplicación jurisprudencial de 145 años. Tratamos algunos aspectos del nuevo Código en una obra de nuestra autoría a donde remitimos, siendo tal *Temas fundamentales de Derecho Civil en el nuevo Código de Derecho Privado*, Bibliotex-Advocatus, Tucumán-Córdoba, 2016.

¹⁵ De hecho, en un libro de nuestra autoría ya aclarábamos que veníamos reflexionando sobre cuestiones atinentes a nuestra digna profesión, por lo menos desde el año 2002 [año en el cual, por medio de una beca otorgada por la Junta de Castilla y León, comencé a cursar mis estudios en la histórica Universidad de Salamanca, donde realicé el Curso de Estudios Superiores y, posteriormente, en el año 2007, obtuve el Grado de Salamanca (“Título propio”), mediante una tesis titulada *La imputabilidad y el daño en la prestación profesional del abogado*, calificada por el Tribunal como “sobresaliente *cum laude*” por unanimidad (Tesina inédita). Luego obtuve la “suficiencia investigadora” en dicha Universidad y finalmente el DEA (Diploma de Estudios Avanzados)]. Desde entonces y hasta la fecha sigo estudiando este tema, del cual estimo que no hay mucho escrito -a diferencia de nuestro par médico-. Es esta la hora de presentar un estudio más completo, bajo la forma de una tesis doctoral, que estimo, humildemente, de indudable actualidad e interés. En su primera parte se analizará el ejercicio de esta profesión (misión, algunos deberes del abogado y sus sanciones) para luego enfocarnos, dinámicamente, en la responsabilidad civil que le corresponde atribuir al abogado imperito. Ver, de nuestra autoría: *Misión, derechos, deberes y responsabilidad del abogado*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Reus -Madrid-, Ubijus -D.F. México-, 2013, pág. 17 y s.s.

¹⁶ Para ver la evolución producida en los últimos 200 años en materia comercial en Argentina (vale decir desde su independencia), recomendamos el excelente trabajo de VEIGA, Juan Carlos, “El Derecho Comercial en los 200 años de independencia nacional”, publicado por la Academia de Ciencias Morales, Políticas y Jurídicas de Tucumán, *Anuario del Bicentenario, N° IV, Tomo II*, Tucumán, 2016, págs. 347 y s.s. No obstante su título, no se crea que el maestro citado se limita sólo al estudio del Derecho Comercial argentino. En efecto, allí claramente explica que el Derecho Comercial surge como “Derecho especial” de los comerciantes en la Edad Media, pero que la “materia comercial” existió desde los orígenes remotos de la humanidad. De hecho, se encuentran astibos de instituciones jurídicas mercantiles en el antiguo Código de Ur-Namú (año 2050 AC). Aunque también aclara el citado Profesor Emérito tucumano que ni aún en Roma existió un verdadero Derecho

espléndido Código Civil de Vélez que estuvo vigente desde el año 1871 -y algunas de sus leyes complementarias- y al Código de Comercio, también de autoría de Vélez Sársfield en coautoría con Acevedo¹⁷.

En España, actualmente se encuentra en pleno debate las reformas al Código Civil del año 1889 en materia de Obligaciones y Contratos¹⁸.

Precisamente en esas áreas, en el año 2016 se produjeron, otra vez, importantes modificaciones al Código Civil francés de 1804-el famoso Código de Napoleón- cuyas normas destinadas a los Contratos y Obligaciones (y su prueba) lucen, como se dijo, renovadas¹⁹.

Comercial, como Derecho independiente y diferente al Derecho Civil. En efecto, la palabra “comercio” no era utilizada en el Derecho romano, sino *negotiatio*, que abarcaba tanto al gran comercio como a una operación aislada. Ahora bien, “Los siglos X y XI marcan una era de prosperidad en la Europa central que se expresa en aumento de la riqueza agrícola, crecimiento poblacional y el fenómeno de la migración del hombre de campo hacia las ciudades. El Derecho Romano pierde su flexibilidad y mezclado con el Derecho Germánico y el Canónico formó el Derecho común que no daba respuesta a las necesidades de un comercio en plena ebullición. Aparecen así los mercaderes como figuras de relieve en las ciudades detentando riqueza y poder que a través de corporaciones (*universitas mercatorum*) dictan las normas que sus actividades requerían y que posibilitan el notable desarrollo de la economía mobiliaria... Las primeras compilaciones de costumbres de mercaderes Génova (1056), Pisa (1161) y Milán (1216), eran coincidentes por el carácter local e internacional del comercio... El Derecho Comercial recibe pues un fuerte impulso por medio de la jurisdicción consular de las corporaciones que administraban justicia sin formalidad y de acuerdo a la equidad, dando así a las costumbres, una forma más concreta y segura que se plasma en estatutos con disposiciones generales, como los de Florencia (1301), Pisa (1305), Cremona (1388) y Bérgamo (1457). Las normas jurídicas de los estatutos de las ciudades italianas formaron la base del Derecho Comercial y la jurisdicción consular se fue extendiendo a individuos que sin ser comerciantes o miembros de una corporación, intervenían en materia mercantil”, *art. cit.*, págs. 347 y 348.

¹⁷ Otra vez nos resulta ineludible traer a colación a nuestro estimado director, cuando en el artículo citado en la nota anterior concluye que los autores del Anteproyecto que diera origen al novel Código argentino han señalado entre los objetivos de la unificación la “constitucionalización” del Derecho Privado y el novel Código unificado “logra articular un sistema publicista de defensa de la igualdad y de los derechos humanos, con un sistema privatista en materia contractual y con una adecuada defensa del consumidor. Considera a las personas en forma unificada y las clasifica en personas ‘humanas’ y personas ‘jurídicas’, sin diferencias entre sujetos civiles y comerciales. Ha desaparecido la figura del comerciante y se omite toda regulación del fenómeno de la empresa. El Código incorpora algunas materias comerciales y unifica el tratamiento de las obligaciones y contratos. Leyes especiales incorporadas como complementarias en el derogado Código de Comercio, no han sido incorporadas al nuevo Código y permanecen vigentes (si no fueron derogadas por éste, agregamos nosotros), algunas de ellas con modificaciones de importancia (por ejemplo, como señala el jurista citado, en materia de sociedades, desaparece la distinción entre sociedad civil y sociedad comercial, y la ley 19.550 se denomina ahora Ley General de Sociedades). Estas leyes complementarias del sistema codificado regulan distintas áreas de la actividad económica que por su dinámica y sensibilidad a los cambios ofrecen un marco legal que promueve y facilita los negocios, fijando un límite a la actuación de los sujetos y a las actividades comerciales. El nuevo Código entonces, ha unificado los sujetos, las obligaciones y los contratos, sin distinguir entre civiles y comerciales, aunque en la realidad existe un régimen diferenciado que implica la vigencia del Derecho Comercial bajo otras pautas, y en algunas áreas, con mayor fortaleza aún. Esas leyes especiales conforman un microsistema, que si bien no formaron parte de la remodificación, se mantienen vigentes, algunas con modificaciones, y su condición ha sido reconocida en los fundamentos, y en especial en el art. 963 que establece la prelación normativa entre el Código y las leyes especiales, dando a éstas prevalencia sobre las del propio Código”, *conf. VEIGA, Juan Carlos, art. cit.*, págs. 360 y 361. Lo señalado entre paréntesis nos pertenece.

Por supuesto que lo afirmado por el maestro Veiga respecto de las leyes comerciales que complementaban al Código de Comercio, hoy derogado, y que continúan con vigencia, es plenamente aplicable, *mutatis mutandi*, a las leyes civiles complementarias del Código Civil de Vélez. Fundamental en este delicado tema consiste en acudir a la propia ley que puso en vigencia al novel Código argentino, ley 26.994 (Ley de aprobación y derogaciones), y su anexo, y observar allí qué se deroga, qué se modifica y qué leyes continúan vigentes, simplemente por no integrar ninguno de estos grupos. De hecho, el propio art. 5 de la ley 26.994, determina que las leyes que integran o complementan o se encuentran incorporadas al Código Civil o al Código de Comercio, excepto las derogadas expresamente, mantienen su vigencia como leyes que integran o complementan al Código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁸ También se ha presentado una propuesta de reforma del Código de Comercio español. Además vamos a acudir, por lo ilustrativo e importancia de sus normas, a la reciente Propuesta de Código Civil, realizada por los profesores de Derecho Civil que será citada como: *Propuesta de Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Tecnos, Madrid, 2018.

¹⁹ En efecto, el código napoleónico fue reformado por la “ordenanza” (para nosotros: “decreto”) 131 del año 2016, ordenanza de fecha 10 de febrero de 2016, publicada oficialmente al día siguiente, y que entró en vigor el primero de octubre de ese mismo año. Se reformaron más de 350 artículos de aquel famoso Código en materia de derecho de los contratos, del régimen general y prueba de las obligaciones. En la presente tesis vamos a acudir a un texto que será objeto de traducción propia, habida cuenta los errores que advertimos en las que obran en internet, por ejemplo. Dicho texto se titula, *Réforme du droit des Obligations. Un supplément au Code Civil 2016*, Dalloz, 2016. También recurriremos a la *Table de correspondence*, Editorial Gualino, año 2016. Ahora bien, debemos aclarar que más allá de las citas que haremos del actual sistema francés, la cuestión de la

Además, hemos acudido a la última versión traducida del BGB (Código Civil alemán-*Bürgerliches Gesetzbuch*-)²⁰ y a varios instrumentos internacionales de indudable valor jurídico, tales como los principios de derecho contractual europeo y los principios *Unidroid*.

En fin, con ello queremos aclarar que no dejaremos de lado las “bases” jurídicas-legales que nos llevaron a elegir este tema y que dieron lugar a decenas de artículos, trabajos, comentarios a fallos y conferencias de nuestra autoría.

Aunque lógicamente todos los nuevos vientos, que muchas veces se reflejaron en noveles Códigos o en importantes reformas a Códigos clásicos, decimonónicos, también serán motivo de análisis en la presente tesis, en la cual llegaremos a ciertas conclusiones que podrán o no compartirse, pero que en modo alguno podrán reprochárseles ser fruto del apuro o del azar.

Por cierto, adelantamos que en nuestra concepción los denominados presupuestos de la responsabilidad civil están en constante contacto y cumplen una función dinámica. Esto se notará en forma clara en el presupuesto denominado “imputabilidad”, en donde tres términos -acción, daño, responsable- se deben sumar para configurarla. Debido a tal enfoque dinámico que proponemos de esta temática es que no podemos dejar de lado un asunto de vital importancia: el *daño* en la imputabilidad civil profesional del abogado, el cual será estudiado junto con la *relación de causalidad* en la última parte de esta tesis, no sin antes haber analizado la antijuridicidad, la *atribuibilidad* y la propia *imputabilidad* profesional.

Somos conscientes de las múltiples críticas que pueden apuntarnos por el abordaje de esta parcela de la responsabilidad tan sensible y por la forma en que lo hacemos. En

responsabilidad civil apenas fue modificada y en estos momentos está siendo objeto de debate parlamentario, pues no fue “prácticamente” incluido este tema en dicha ordenanza del año 2016. Ver los arts. 1240 y s.s. del Código según la ordenanza de febrero del año 2016, que sólo trata sobre la responsabilidad extracontractual en general (pero en forma muy elemental) y el 1245 sobre la responsabilidad por los productos defectuosos. De hecho, en la obra recién citada de la editorial Dalloz se aclara, al comenzar a tratar sobre la responsabilidad extracontractual en general (arts. 1382 al 1386-18 del originario Código napoleónico) que la reforma de la responsabilidad contractual y extracontractual será objeto de un proyecto de ley ulterior que será debatido en el Parlamento. Ver: *Réforme du droit des Obligations. Un supplément au Code Civil 2016*, Dalloz, 2016, pág. 30.

Por cierto que son de público conocimiento los antecedentes de la mentada reforma francesa. En efecto, en el año 2005, con el aporte de numerosos juristas, el profesor de la Universidad París II, Pierre Catala (ya fallecido), materializó el « Anteproyecto » de la reforma, el cual era requerido desde hace tiempo, puesto que en muchos casos las reglas del Código de 1804 eran interpretadas por los jueces de manera distinta a lo allí predicado, sobretodo en materia de obligaciones y contratos. Años después, en el 2008, otro profesor de la Universidad de París II, François Terré, presentó a la comunidad académica una reforma denominada « Proyecto Terré », pretendiendo cortar con la tradición francesa del Código de 1804 para ponerlo en sintonía con los desarrollos europeos actuales (vg. Principios Unidroit, Proyecto Lando, etc.), también en materia de obligaciones y contratos. Ahora bien, inmediatamente después, el propio gobierno francés, también desde ese año 2008, a través del Ministerio de Justicia, ha impulsado su propio Proyecto de Reforma, aunque en realidad lo que hicieron fue tomar las propuestas del Anteproyecto Catala y del Proyecto Terré, Proyecto del cual hicieron muchos « bocetos », siendo que una de sus versiones, la del año 2013, estuvo al punto de convertirse en ley. Finalmente, hay que remarcar que este Nuevo Proyecto del Ministerio de Justicia que entró en vigencia en el año 2016, a través de la ordenanza 131/2016 del 10 de febrero, presentó algunos cambios respecto del mentado « boceto » del año 2013.

Sobre tales antecedentes, y la mentada reforma, puede verse con provecho el trabajo realizado por MAZEAUD, Denis, titulado «Los proyectos de reforma del derecho francés de la responsabilidad civil », *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Alberto J. Bueres (Director), Año XVIII, N° 1, enero de 2016, La Ley, Buenos Aires, 2016, págs. 5 y s.s. Allí nos aclara que « El Ministro de Justicia ha decidido recientemente reformar el derecho de las obligaciones. Esta reforma tan esperada se hará en dos etapas. Por un lado, en 2016, el derecho de los contratos será (ya fue) reformado por vía de decreto. Por otro lado, en una segunda etapa, se reformará el derecho de la responsabilidad civil por vía parlamentaria... Finalmente, el legislador se ocupa del derecho de las obligaciones, la bella durmiente del Código Civil, que prácticamente ha permanecido invariable desde hace más de dos siglos ». Lo escrito entre paréntesis nos pertenece.

²⁰ En la presente tesis vamos a consultar la cuarta traducción completa del BGB a la lengua castellana. Es importante resaltar que desde su entrada en vigor, hecho sucedido el 1° de enero de 1900, hasta el año 2008 (que corresponde a dicha cuarta traducción), el BGB fue objeto de modificaciones en ciento ochenta y cinco ocasiones a través de sus correspondientes leyes de reformas. De todas ellas, la más relevante para nuestros fines, se produjo en noviembre de 2001, ley que “modernizó” el derecho de las obligaciones y los contratos, modificando disposiciones centrales del BGB, tales como, verbigratia, el incumplimiento contractual, la prescripción, el contrato de compraventa, además de incorporar al Código parte de la normativa especial, tanto sobre condiciones generales de la contratación, como sobre protección de consumidores de derivación comunitaria. La cuarta edición castellana a la que hicimos referencia se trata del *CÓDIGO CIVIL ALEMÁN. BÜRGERLICHES GESETZBUCH*, traducción bajo la dirección del Dr. Albert Lamarca Marquès, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.

"

puridad, la *estructura metodológica* utilizada para analizar la responsabilidad civil de los abogados, nos parece la forma o canal preferible debido a las dificultades que encontramos a lo largo del estudio del tema seleccionado.

Una última reflexión que creemos que justifica nuestro tentado análisis: no debemos olvidar que quien imputa a un abogado mala praxis en su propia causa y le asiste razón es “doblemente víctima”. Por ello es que el juez debe hacer justicia de una vez. Tenga suma prudencia el juzgador en estos casos pues puede engendrar la tercera frustración de un legítimo derecho²¹. Ante este panorama, ¿cómo no comprender al escéptico que no cree en la justicia terrena²²?

II) Responsabilidad del abogado y del procurador.

Antes de seguir con nuestro propósito debemos hacer un par de aclaraciones básicas. La primera de ella concierne a la diferente actividad y función que desempeñan distintos profesionales del Derecho²³, como lo son el abogado y el procurador. Los otros profesionales

²¹ El orden cronológico del triple atropello jurídico es el siguiente: primero y cualquiera fuese la ilicitud acaecida, a una persona le es desconocido, privado o turbado el goce de un derecho. Aquí tenemos la primera injusticia que a su vez servirá de “causa” de la segunda. Por tal motivo, común en extremo, este individuo recurre a un abogado para que lo asista profesionalmente. No obstante, éste no logra ejecutar correctamente la misión que la sociedad le encomendó. Entonces, por una “*falta profesional*” la persona perjudicada no mejora la injusta situación en la que está inmersa. Ergo: no se recompone el deteriorado orden jurídico. Estamos ya, entonces, en presencia de la segunda de las transgresiones aludidas. A su vez, este “proceso” -que bien puede serlo en el término jurídico específico-, será la causa próxima, génesis u origen del denominado juicio de mala praxis profesional. Ahora bien, si en este último estadio no se logra realizar la Justicia, se estaría por tercera vez agravando a la persona del ejemplo que, si bien hipotético, se presenta en la realidad con bastante más frecuencia de la que nos imaginamos.

²² Compartimos la opinión de Ángel Ossorio, expresada hace décadas, cuando comienza su conocida obra y señala que “Urge reivindicar el concepto de Abogado. Tal cual hoy se entiende, los que en verdad lo somos, participamos de honores que no nos corresponden y de vergüenza que no nos afectan”, OSSORIO, Ángel, *El alma de la toga*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1997, pág. 19.

²³ Cuando hagamos alusión al “profesional del Derecho” sin hacer aclaración alguna, nos estaremos refiriendo exclusivamente al abogado, utilizando ambos términos con marcada sinonimia -sin desconocer, empero, esa

relacionados con el Derecho -verbigracia, el escribano público- serán dejados de lado en nuestra tesis. Es más, la figura del procurador no es nuestro protagonista central, pero reconocemos que muchas de las conclusiones que sostenemos para el abogado son perfectamente aplicables a aquél, y viceversa; por ello si bien no será el actor principal, cumplirá un rol importante en nuestro trabajo.

Ahora bien, llegado a este punto, es imprescindible aclarar desde ahora que la función del procurador en España es, o puede ser, muy distinta a la que realiza en la Argentina. Por ello esos principales ordenamientos serán objeto de un detenido análisis²⁴. Por de pronto diremos que en España entre el abogado y el procurador existe una suerte de *asociación* en defensa de los clientes²⁵. Si bien la figura del procurador es controvertida e incluso se ha cuestionado su utilidad, en la mayoría de los procesos su intervención es preceptiva²⁶.

Claro está que es el abogado el que efectúa toda clase de alegaciones y peticiones, ya sea de palabra o por escrito, e interviene en las diligencias probatorias ante los órganos de justicia. El abogado también es el que “asume la dirección técnica del proceso, informa, asesora, aconseja y proporciona auxilio técnico jurídico a la parte en el pleito, pero no la representa”²⁷.

El procurador, a su turno, “complementa, en el ámbito jurisdiccional, las tareas del abogado. Aunque las partes sean los verdaderos sujetos procesales, no son las que comparecen en el proceso. Es el procurador quien asume la representación técnica o postulación: representa al cliente y actúa en su nombre y en lugar de él”²⁸. Es decir que el procurador es un “intermediario” entre los clientes, el abogado y los órganos judiciales. Ahora bien, que sea su intermediario no quiere significar, como lo dijo en forma contundente el Tribunal Supremo, que su tarea se equipare a una especie de “servicio de mensajería” entre los órganos judiciales, el cliente y el abogado²⁹.

relación de género a especie que existe-. Otro tanto haremos con el concepto de “letrado”. Por otro lado, no acudiremos al término “operador del Derecho” dada su vaguedad y amplitud (pues comprende tanto al abogado, cuanto al procurador, al escribano público, juez, fiscal y al defensor, entre otros “operadores jurídicos”).

²⁴ Sin dudas que otros sistemas jurídicos también serán tratados en nuestro estudio, pero aquellos dos citados serán los principales. Dicho sea de paso, en Francia a la figura del abogado -*avocat*- y a la del procurador -*avoué*- todavía debemos sumarle la del *hussier*, colaborador igualmente de la justicia. Por cierto que este tercer protagonista tuvo algún eco en los tribunales argentinos. Pero lo digno de remarcar es que en el país galo nuestras principales figuras -abogado y procurador- denotan el ejercicio de profesiones “incompatibles”.

²⁵ Así, se ha interrogado un autor que si el abogado y el procurador asumen la defensa y la representación procesal del mismo cliente “¿debe indagarse si el error proviene de una mala elección del medio de defensa o del medio de representación? O, lo que es lo mismo: ¿el Abogado debe responder por un error en la presentación procesal del cliente?”, conf. MARTÍ MARTÍ, Joaquim, “Responsabilidad del procurador y no del abogado por error en el proceso en España”, publicado en *La Ley on line*. Las respuestas a tales cuestionamientos las hace el jurista citado desde la óptica del Tribunal Supremo, pudiendo concluirse que dicho Tribunal “imputa responsabilidad del Procurador y exonera al Abogado por los errores profesionales en los que el trámite o escrito provienen de un acto formal de comparecencia o personación”. Recomendamos la lectura del trabajo citado, en el cual se analizan principalmente tres sentencias del alto Tribunal de Justicia español, a saber: la sentencia del 8 de abril de 2003; la del 18 de febrero de 2005 y la del 11 de mayo de 2006, cuya conclusión recién transcribiéramos y que según el parecer del autor “viene a cerrar el círculo de la distribución de responsabilidades en el proceso entre el Abogado y Procurador”. Del mismo autor puede verse, también, “La responsabilidad objetiva del Abogado en el ejercicio de su profesión”, Diario *La Ley (España)*, n° 5846, 10 de septiembre de 2003; “La distribución de competencias y responsabilidades en el proceso entre Abogado y Procurador”, Diario *La Ley (España)*, n° 6386, 26 de diciembre de 2005. Cabe aclarar que estos dos artículos comentan las dos primeras de las sentencias mentadas, mientras que el primero de los trabajos citados analiza las tres sentencias en cuestión.

²⁶ Por ejemplo, en el proceso laboral, que normalmente no reviste excesiva complejidad, “la figura clave de la postulación procesal es el abogado, que puede asumir tanto la defensa de la parte, como su representación”, señala CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil*, Thomson Civitas (Editorial Aranzadi S.A.), Navarra, 2005, pág. 57.

²⁷ CRESPO MORA, María Carmen, *ob. cit.*, pág. 57.

²⁸ CRESPO MORA, María Carmen, *ob. cit.*, pág. 58. No obstante lo señalado es importante resaltar que la ley ha convertido al procurador en un mero receptor provisorio, al actuar como “intermediario” entre los clientes, el abogado y los tribunales de justicia. Ergo su campo de actuación es muy limitado “firma todas las comunicaciones y notificaciones, como si fuera la propia parte representada, y se encarga de la entrega de escritos en el juzgado o tribunal, así como la recepción de las notificaciones, citaciones, requerimientos, copias de las resoluciones, etc.”, conf. CRESPO MORA, María Carmen, *ob. cit.*, pág. 58. Pero téngase presente lo que sostenemos en el texto con respecto a no consagrar al procurador como mero “intermediario” (servicio de mensajería).

²⁹ En la sentencia del 18 de febrero de 2005. Ver, MARTÍ MARTÍ, Joaquim, “Responsabilidad del procurador y no del abogado por error en el proceso en España”, publicado en *La Ley on line*.

En pocas palabras el abogado es el que tiene a su cargo la *dirección técnica del proceso*, mientras que el procurador es quien *representa* al cliente. Entonces, en principio cada profesional tiene su propio ámbito de actuación y por lo tanto cada uno responderá del daño que cause siempre y cuando el mismo le pueda ser imputado por haberse gestado en su parcela correspondiente y se constate la presencia de los demás requisitos responsabilizantes -vg., la relación de causalidad y el daño-.

Si bien dicha delimitación de competencias no siempre es clara. De hecho, existen determinadas actuaciones u omisiones *procesales* que no obstante ser idénticas, provocan a veces la responsabilidad exclusiva del abogado y otras, por el contrario, la del procurador³⁰. Típicos ejemplos de ello son la presentación extemporánea de un recurso contra una sentencia adversa a los intereses del cliente, o directamente la no presentación del mismo, o el presentar una demanda estando ya prescripta la acción, o no presentarla nunca ante los órganos judiciales³¹. Por cierto que en tales situaciones también se sostiene la posibilidad de condenar a ambos profesionales en forma concurrente y hasta solidariamente³².

³⁰ Ver: CRESPO MORA, María Carmen, *ob. cit.*, pág. 59. También pueden observarse, tanto el elenco de obligaciones específicas que pesan sobre el procurador, cuanto algunas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo que condenan a dicho profesional, en el trabajo de ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, "La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores", en *La responsabilidad civil profesional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, págs. 53 y s.s. Señala este último autor que si bien son muchas las obligaciones que contrae el procurador, el examen de las sentencias recaídas pone de relieve que todas ellas se basan "en la omisión de determinadas conductas; sobre todo por no presentar demandas, contestaciones o recursos. Pudiese pensarse en otros supuestos distintos como la violación del deber de secreto, la pérdida o no devolución de documentos, la no comparecencia a actos cuya presencia resulta obligada o no solicitar poder especial cuando la Ley lo exige", *ob. cit.*, pág. 58. Al respecto podemos ejemplificar, siguiendo al citado jurista, con estas sentencias condenatorias del Tribunal Supremo: la de fecha 4-4-1987 en donde se absuelve al abogado y se condena al procurador por no presentar la demanda habiéndola devuelto al letrado pasado trece meses -con la acción ya prescripta-; la STS de fecha 11-11-1997 que se refiere a un supuesto de no personación en la Audiencia a mejorar los recursos interpuestos ante el Juzgado, situación que para el Tribunal Supremo originó un "daño moral" por la "pérdida del derecho a los recursos"; la STS de fecha 20-5-1996 también se imputa al procurador por no personarse ante la Audiencia declarándose firme el recurso. En tal sentencia entendió el máximo Tribunal que al examinar los posibles daños se razone sobre la improsperabilidad de la alzada y sus expectativas, sin pretender sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello imposible. Es decir que en este pronunciamiento se toma partido, aunque no lo diga, por indemnizar el rubro "pérdida de chances" (practicando el procedimiento denominado "juicio sobre el juicio"), analizando el coeficiente de chances reales que se tenían. Pero no es ésta la tendencia del Tribunal Supremo. También es digno de mencionarse la STS de fecha 24-9-1998 en la cual se condena a la procuradora por haber presentado fuera de plazo una demanda de retracto de comuneros. En esta misma línea la Audiencia Provincial ("A.P." en adelante), Sec. 3ª, en fecha 23-1-2004 otorgó la legitimación al abogado para reclamar al procurador por no notificarle el auto que declaró caducada la instancia. Allí sostuvo claramente que "No es posible apreciar concurrencias de culpas porque, conforme se desprende del Estatuto General de la Abogacía y leyes procesales, la función del abogado no es de representación sino de dirección técnica... siendo el procurador el profesional encargado de notificarle las mismas". Igualmente ha resuelto la A. P. de Murcia, Sec. 4ª, de fecha 4-12-2014, en donde se resuelve que excede a la *lex artis* del abogado cualquier actuación tendiente al control y vigilancia sobre el cumplimiento por el procurador de sus deberes profesionales, no apreciándose responsabilidad del abogado por incumplimiento al no acreditarlo la parte, al tanto que condena únicamente por responsabilidad civil al procurador demandado, al acreditarse su conducta negligente al omitir la comunicación y el traslado al letrado. Estas dos últimas sentencias pueden verse en la obra de LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *Selección de Jurisprudencia. Responsabilidad civil de abogados y procuradores. Responsabilidad Civil y Seguro*, Editorial SEPIN, Madrid, 2016, págs. 14 y 48, respectivamente. En síntesis, no quepan dudas que la gran mayoría de las sentencias condenatorias frente a los procuradores tienen como génesis claras omisiones, tal como se dijo *ut supra*.

³¹ Esta lista, lógicamente, puede ser fácilmente ampliada a otros supuestos "dudosos", de contornos grises, en los cuales no está muy claro a qué profesional imputarle responsabilidad. Por ejemplo, ciertos autores estiman, respecto de la caducidad de las anotaciones preventivas de embargo (Nuevo régimen de la disposición final 9ª de la L.E.C., en relación al art. 86 de la Ley Hipotecaria), que si bien dicha responsabilidad habría de recaer exclusivamente en el procurador, también "ha de tenerse en cuenta nuestra condición de directores técnicos del procedimiento, así como la posible responsabilidad *in eligendo*, que hemos visto aplicar en algunas ocasiones ante la ausencia de contacto directo del cliente con el procurador", conf. GONZÁLEZ FERRER, Juan José - YBARRA LÓPEZ-GÓMEZ, Javier, "La Frustración de oportunidades del cliente por error del abogado", en *OTROSÍ, Publicación informativa del Colegio de Abogados de Madrid*, Enero 2002, Nº 33, págs. 24 *in fine* y 25. De los mismos autores puede verse, asimismo, "La responsabilidad civil del abogado en materia de despido laboral", en *OTROSÍ, Publicación informativa del Colegio de Abogados de Madrid*, Noviembre de 2001, Nº 31, págs. 19 y 20, en donde también se resalta el plus de vigilancia que debe existir cuando el profesional asume la "representación" del justiciable (a propósito del desistimiento de la demanda que se produce por la incomparecencia injustificada al acto del juicio/conciliación, en materia laboral).

³² Podemos ejemplificar lo sostenido con un interesante trabajo que ya citamos y que pertenece a MARTÍ MARTÍ, Joaquim, "Responsabilidad del procurador y no del abogado por error en el proceso en España", publicado en *La Ley on line*. Allí se analizan, como señalamos anteriormente, tres sentencias del Tribunal Supremo en donde se trata esta difícil delimitación de competencias y las consecuentes responsabilidades de

En Argentina sucede algo parecido. Cada profesional tiene su propio ámbito de actuación. Incluso cada uno cuenta con su carrera de Grado singular³³, su normativa particular y su Colegio Profesional. También en este país el abogado es el “director técnico del proceso” y el procurador es quien “representa” a las partes³⁴. Así las cosas, al igual que en España, a veces no es tan claro el ámbito de actuación y la eventual responsabilidad que le corresponde a cada uno.

Incluso en algunos casos, cuando los abogados no actúan indistintamente en uno y otro carácter -puesto que el abogado en Argentina puede actuar solamente como

estos dos profesionales que a veces se *asocian* y otras se *imputan*, acorde a cuál sea la situación que les toque vivir. La primera sentencia es del 8 de abril de 2003, donde define claramente la atribución de la función del abogado como la propia de elección del mejor medio procesal en defensa de su cliente, sin que ello importe garantizar el resultado o éxito final, puesto que su obligación es de medios. Pero esta exigencia no se queda en un mero cuidado de no perjudicar el proceso, por cuanto “la jurisprudencia le exige al Abogado la correcta fundamentación fáctica y jurídica de los escritos de alegaciones, la diligente proposición de las pruebas y la cuidadosa atención a la práctica de las mismas, la estricta observancia de los plazos y términos legales, y demás actuaciones que debería utilizar el Abogado para que, en principio, pueda vencer en el proceso”. También se nombra en esta sentencia el concepto básico para comprender el instituto responsabilizante en estudio, la *lex artis*. A su turno, la STS del 18 de febrero de 2005, al decir del autor citado, no tiene desperdicio, puesto que el máximo Tribunal borra de un plumazo el viejo calificativo que se le daba al procurador proclamando que sería contrario a la profesionalidad e incluso a la dignidad, su equiparación a una especie de “servicio de mensajería” entre los órganos jurisdiccionales y el abogado. El caso concreto se refería a la eventual responsabilidad que correspondía tanto al abogado cuanto al procurador “porque pese a que conocían con certeza el inicio del plazo establecido judicialmente para que su cliente pagase la parte aplazada del precio, prefijado en seis meses desde la sentencia de casación, sin efectuar el pago, se declaró resuelto el contrato con pérdida de las cantidades adelantadas”. En dicha sentencia se hace mención a la *lex artis* del procurador ampliando su responsabilidad en la comunicación a su poderdante (también se insiste en la relación de “mandato”) de las fases del proceso. Además, como remarca el autor citado, “El Tribunal Supremo no considera motivo de exoneración para el Procurador que éste hubiera transmitido el requerimiento al Letrado”. En definitiva, en este caso se condena solidariamente al abogado y al procurador a la reparación integral del daño, “fijando la cuantía de la indemnización en la suma de la parte del precio que dejó de abonar para la compra de la vivienda actualizado a precios de mercado, que resulta un total en este caso de 183.906 euros”. La última de las sentencias del Tribunal Supremo que queremos resaltar data del 11 de mayo de 2006. En ésta se afianza la atribución del compromiso del procurador en todos aquellos actos y actuaciones que son derivadas del impulso procesal, propias de su función específica. El Tribunal Supremo en esta ocasión atribuye responsabilidad civil al procurador y no al abogado, ante la falta de personación en el recurso de apelación a pesar de no tener el procurador (de “oficio” en la especie) el encargo del abogado de dicha personación. En definitiva, en esta nota sólo pretendemos mostrar el complicado panorama, incluso desde la mirada del Tribunal Supremo, en lo que concierne a la atribución de las responsabilidades de estos particulares sindicados como responsables. No siempre el abogado, aunque sea el director técnico del proceso, ha de responder frente a su cliente, puesto que en los actos específicamente “procesales” el procurador tiene un rol preponderante y hasta excluyente. Cada cual responderá acorde a cuál sea el deber violado, si es de su incumbencia, o si corresponde a su competencia.

Por supuesto que existen sentencias de las Audiencias Provinciales en donde se condenan solidariamente a ambos profesionales. Por ejemplo, la A. P. de Barcelona, Sec. 17ª, en fecha 23-9-09 declaró la responsabilidad profesional del abogado y del procurador por la presentación del escrito fuera de plazo, afirmando que “El error que nos ocupa consistió en fijar en diez días en lugar de los cinco que la establece la ley el plazo para preparar el recurso de casación”, resaltando al final de dicha sentencia que “Una actuación conjunta, coordinada y diligente de ambos profesionales en defensa de los intereses de su cliente y en el marco normativo expuesto habría evitado el error que nos ocupa”; a su turno, la A. P. de Valencia, Sec. 7ª, en fecha 19-11-14, declaró responsables en modo conjunto al letrado y al procurador por no informar en plazo a su cliente de una sentencia que había desestimado el recurso de apelación y la posibilidad de interponer contra ella el recurso de casación o el extraordinario por infracción procesal; también la A. P. de Valencia, Sec. 6ª, en fecha 10-3-15, resolvió que no solo el letrado deberá responder de la incomparecencia del cliente que se vio perjudicado, sino también la procuradora, que no intentó evitar dicha incomparecencia ni contactar con el letrado, declarando la responsabilidad solidaria de ambos profesionales; con idéntico parecer, la A. P. de Álava, Sec. 1ª, en fecha 3-2-14, resolvió responsabilizar a ambos profesionales por el desconocimiento de la sentencia que se había notificado, lo que impidió la interposición del recurso, porque el correo mandado por el procurador al abogado se categorizó como *spam*. Pueden verse todas estas últimas sentencias en LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *Selección de Jurisprudencia. Responsabilidad civil de abogados y procuradores. Responsabilidad Civil y Seguro*, Editorial SEPIN, Madrid, 2016, págs. 126, 132, 133, 134 y 135.

³³ Lo habitual es que la carrera de Procurador -o mejor dicho el título que se obtiene- sea un paso previo a la obtención del título de Abogado, pero por supuesto que existen procuradores “puros”, es decir aquellas personas que obtienen tal título intermedio -dentro de la carrera de Abogacía- resultando de ello que se encuentran habilitados para ejercer la “procuración”, con la salvedad que requieren ser acompañados con el “patrocinio letrado” -abogado- para efectuar todos aquellos actos procesales que sustenten o controviertan derechos, según los artículos 56 del Código Procesal Civil y Comercial de la República Argentina y art. 11, inc. 3 de la Ley 10.996, ello puesto que este procurador “puro” no es un abogado.

³⁴ Existe una relación de género a especie entre los conceptos de “representación” y “procuración”, reservando este último término cuando la representación de los justiciables es ejercida por los profesionales del Derecho (abogados, procuradores y escribanos que no ejerzan su función de tales, los cuales podrán ejercer la procuración siempre que se hubiesen matriculado).

“procurador” o “apoderado” (cuando cuenta con un “poder” para representar a su cliente y otro letrado lleva la dirección técnica como “patrocinante”)- “el patrocinante es un tercero por quien el procurador no responde porque las tácticas a seguir las indica el abogado y el procurador las respeta; esta subordinación en el aspecto jurídico, exime de responsabilidad al apoderado que sigue el consejo lícito (aunque equivocado) dado por el asesor, puesto que carece de atribuciones para obrar de otra manera”³⁵.

Pero la diferencia más notoria -como se adelantó recién, y a esto queríamos llegar-, es que en Argentina el abogado está facultado para realizar la *procuración*. Es decir que puede ser la misma persona el *director técnico del proceso* y al mismo tiempo *representar* a su cliente ante los tribunales. De hecho tal situación es harto común³⁶ y hasta recomendable³⁷. Las leyes arancelarias le llaman a tal letrado como que actúa “en el doble carácter”, como abogado y procurador. Para ello debe contar con un poder para juicio -ya sea general, especial o *apud acta, ad litem*- y solicitar ser “apoderado” del cliente en cuestión por ante el respectivo tribunal. En cambio, cuando el letrado no tiene otorgado un “poder” para representar a su cliente, actúa como *patrocinante* del mismo, requiriendo la firma de su patrocinado -cliente- en la mayoría de los escritos que presente ante la justicia³⁸.

En otro orden de cosas, debemos resaltar que cierta doctrina entiende -tanto en España cuanto en Argentina- aplicar las normas que dimanen del *contrato de mandato*³⁹ a las actuaciones realizadas por el *procurador*, o mas bien a la relación que se crea entre éste y su representado. A su turno se sostiene que la relación del *abogado* (patrocinante, o director técnico del proceso, si se quiere) con su cliente configura un *arrendamiento de servicios*⁴⁰.

³⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, pág. 723.

³⁶ Así, se ha dicho que “en nuestro país (hablando de Argentina), con relativa frecuencia, los abogados actúan simultáneamente como patrocinantes y mandatarios. Al igual que en Italia, en Argentina, la abogacía y procuración no pueden considerarse profesiones distintas, sino ‘grados sucesivos de una única carrera’”, conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, pág. 707. Lo señalado entre paréntesis es nuestro. Sin ánimo de polemizar con la estimada jurista mendocina remarcamos que se tratan de profesiones distintas -como resaltamos en el texto- pero en general no deben ser así consideradas, puesto que será el mismo profesional el que cumpla ambos roles.

³⁷ En tal sentido es digno resaltar las Reglas de Ética Profesional dictadas por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y ratificadas por su Asamblea en marzo de 2006, que en su artículo 48 (Ejercicio de la procuración), expresa que “No sólo está permitido el ejercicio simultáneo de la abogacía y la procuración, sino que es en muchos casos aconsejable que tal acumulación se produzca porque determinará una más eficaz y menos costosa defensa del litigante”.

³⁸ Debemos aclarar que hace relativamente poco tiempo en la Provincia de Buenos Aires se dictó la Ley 13.419 (sancionada el 15/12/2005, promulgada el 09-01-2006 y publicada en el Boletín Oficial el 19-01-2006), la cual modificó la Ley 5.177, incorporando a las funciones del abogado un inciso al art. 56, mediante el cual se asigna a los abogados patrocinantes la función de presentar escritos de mero trámite con su sola firma, es decir prescindiendo de la rúbrica del cliente. De ello resulta, al menos para la Provincia mencionada, una asimilación que acerca aún más a las figuras del abogado patrocinante a la del apoderado o procurador, postura que defendemos en esta tesis como se podrá cotejar en el capítulo tercero.

³⁹ “El Procurador está unido con su cliente por un contrato de mandato”, señala, entre tantos otros, ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, “La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores”, en *La responsabilidad civil profesional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pág. 53. También remarca dicho autor que al igual que el letrado, la diligencia que se le exige al procurador, de conformidad con el art. 1104 del Código Civil español, “es la que corresponda a la naturaleza de la obligación y a los deberes que le imponen las normas reguladoras de su profesión, las cuales están contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Estatuto Profesional, que fue aprobado por Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre”, conf. *ob. cit.*, pág. 54. Allí remitimos a quienes deseen observar las diversas obligaciones que pesan sobre el procurador según los diferentes ordenamientos citados. Con carácter general se puede afirmar que dichos profesionales están sujetos a la responsabilidad civil, penal o disciplinaria, según corresponda. Y que siempre que exista alguna transgresión o inobservancia a las normas legales, estatutarias o deontológicas, habrá un incumplimiento de sus obligaciones que generará el deber de resarcir si con ello se causó un daño. Por último, establece el art. 57.2 del Estatuto que los procuradores estarán sujetos a la responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya *representación* les hubiera sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia, pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio.

⁴⁰ Son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo español en las cuales se hace referencia a los disímiles contratos que celebran los clientes con los profesionales del Derecho en cuestión. Así, hacen expresa mención al contrato de mandato (relación cliente-procurador) estas sentencias, entre otras: la STS (Sala I, Civil) del 4 de abril de 1987 (RJ 1987, 2488); STS (Sala I) del 12 de julio de 2000 (RJ 2000, 6751); STS (Sala I) del 7 de abril de 2003 (RJ 2003, 3003); STS (Sala I) del 18 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1682); y la STS del 11 de mayo de 2006 (al igual que también son muchas las sentencias de Audiencias Provinciales que relacionan al procurador con el contrato de mandato, como por ejemplo las de la A. P. de Ciudad Real, Sec. 2ª, de fecha 8-4-14 y A. P. de Valencia, Sec. 6ª, del 10-3-15); y hacen alusión al contrato de *arrendamiento de servicios* (relación cliente-abogado) las sentencias del Tribunal Supremo (todas de la Sala Primera, de lo Civil) del 4 de febrero de 1992

Por otro lado no faltan voces que pretenden aplicar la famosa clasificación de las *obligaciones de medios y resultado* a tal diferente proceder, sosteniendo en general que el abogado en su ejercicio profesional -al menos en el cumplimiento de su obligación principal- está sometido a una obligación de medios, en tanto que el procurador -o el abogado que cumple dicha función- estaría obligado a cumplir con los resultados concretos que su actuación demanda -fundamentalmente el cumplimiento de normas procesales o de rito, tales como asistir a las audiencias, notificarse, interponer los pertinentes recursos, presentar escritos, entre otros-.

Todas estas cuestiones, más el diferente trato que se le propicia al abogado apoderado respecto del patrocinante en Argentina, serán objeto de nuestro estudio en los capítulos que siguen.

Con estas aclaraciones preliminares ya podemos centrarnos en nuestro propósito que versará sobre la posible responsabilidad civil que le corresponde al “abogado” en su ejercicio profesional; no sin antes analizar su misión, algunos deberes y las posibles sanciones antes su inobervancia⁴¹.

Capítulo I

Misión del abogado. Sus faltas y la distinta naturaleza de las sanciones. Sistema de la responsabilidad civil del abogado.

(RJ 1992, 819); del 17 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8735); 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 357); 25 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1651); 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8587); 7 de febrero de 2000 (RJ 2000, 283); 8 de febrero de 2000 (RJ 2000, 842); 8 de junio de 2000 (RJ 2000, 5098); 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372); 7 de abril de 2003 (RJ 2003, 3003); 8 de abril de 2003 (RJ 2003, 2956); STS del 18 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1682), STS del 23 de marzo de 2007; STS del 18 de julio de 2008 (donde el TS analiza el principio *iura novit curia* y la prescripción, temas sobre los que volveremos *infra*); STS del 31 de marzo del 2010 y STS del 21 de noviembre de 2013, entre otras tantas (obviamente también esta doctrina es seguida copiosamente por las Audiencias Provinciales, como se hizo, a modo de ejemplo, en las siguientes resoluciones, a saber: A. P. de Valencia, Sec. 11ª, de fecha 23-12-03; A. P. de Madrid, Sec. 12ª, 12-1-05 A. P. de Barcelona, Sec. 17ª, de fecha 23-9-2009; A. P. de Córdoba, Sec. 1ª, 25-2-10; A. P. de Barcelona, Sec. 1ª, 17-9-13; A. P. de Valencia, Sec. 8ª, 15-1-14; A. P. de Vizcaya, Sec. 4ª, 20-5-14; A. P. de Vizcaya, Sec. 3ª, 11-6-14; A. P. de Madrid, Sec. 11ª, 4-12-14).

⁴¹ No podemos dar finiquito a esta cuestión sin mencionar a una tendencia relativamente nueva en donde se predica, a modo de síntesis, que el letrado se vincula con su cliente normalmente en el marco de un “contrato de gestión”, que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del *arrendamiento de servicios y del mandato*. Entre tales sentencias vamos a citar las siguientes, comenzando por las del Tribunal Supremo español y terminando con las de las Audiencias Provinciales, a saber: SSTS del 28 de enero de 1998, 14 de julio de 2005, 30 de marzo de 2006, del 23 de mayo de 2006, del 27 de junio de 2006, 26 de febrero de 2007, 2 de marzo de 2007, 21 de junio de 2007, 18 de octubre de 2007, 22 de octubre de 2008 y 12 de mayo de 2009. De las Audiencias Provinciales citaremos las siguientes: A. P. de Madrid, Sec. 20ª, sentencia del 2-3-10; A. P. de León, Sec. 2ª, 9-9-10; A. P. de Barcelona, Sec. 17ª, 16-12-14; A. P. de Ciudad Real, Sec. 2ª, 8-5-14; y, finalmente, la sentencia de la A. P. de Asturias, Sec. 7ª, 5-3-15, en donde, dicho sea de paso, se menciona al Proyecto de Reforma del Código Civil -con actual tratamiento legislativo- que ya contempla un “contrato de servicios”. Estas sentencias pueden verse en la obra de LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *ob. cit.*, págs. 27, 28, 38, 51, 58 y 86.

1) La misión⁴² del abogado. Reconciliación entre lo individual y social, lo parcial y lo imparcial, el interés personal y el bien común⁴³.

En esta primera parte de la presente tesis trataremos sobre la *misión* que le corresponde al abogado en nuestra sociedad, y algunos de sus correlativos *deberes u obligaciones*⁴⁴.

Por de pronto conviene recordar que “abogar” viene del latín *advocare* y cuya primera acepción, según el diccionario de la Real Academia Española en su vigésima tercera edición del año 2005, hace referencia a la defensa en juicio, sea por escrito o de palabra. Inmediatamente después se define al término de esta forma “interceder, hablar a favor de alguien”⁴⁵.

Por supuesto que el mismo origen latino tiene el vocablo “abogado”⁴⁶ puesto que proviene de *advocatus*⁴⁷ y se define en el citado cuerpo como aquel “Licenciado o doctor en

⁴² Normalmente se utilizan como sinónimos los términos “función” y “misión”, por lo menos al tratar la temática que nos ocupa. De esta asimilación conceptual también nos haremos eco, aunque sin desconocer, empero, que la “función” del abogado alude o se dirige a la naturaleza práctica, es decir al ejercicio en sí mismo, “mientras que la ‘misión’ se aproxima al elevado contenido de una finalidad. En este caso la búsqueda de una solución justa”, anota con agudeza CIPRIANO, Néstor Amílcar, *Misión y jerarquía de abogados y jueces y otros estudios de derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1990, pág. 17. Es decir que la palabra “misión” ofrece un contenido más amplio que “función”. Con criterio parecido también se ha afirmado que dada las características especiales del quehacer del abogado “más que función es misión, por su cualificado significado en el ámbito de la comunidad. Contribuye... a una convivencia más humana, en la que la justicia y, por ende, la paz, y hasta quizá la solidaridad se manifiestan. Viene a atender una de las necesidades básicas de la persona: disponer de una asistencia jurídica idónea”, conf. MUÑOZ CAMPOS, Juan, “La responsabilidad civil de los abogados y procuradores”, en *Centenario del Código Civil, II, Universidad Popular*, Francisco Rico Pérez (Director y Coordinador), Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Políticas, (Universidad Complutense de Madrid) y Universidad de Alicante, 1989, pág. 348. Podríamos concluir, entonces, que el abogado cumple una *función* encaminada a realizar o alcanzar una elevada *misión* dentro de la sociedad. En pocas palabras, la función es el medio para alcanzar la misión, su fin.

⁴³ Ver un artículo de nuestra autoría, “El rol social del abogado”, *La Ley -Noroeste-*, año 8, número 8, septiembre de 2004, pág. 1401 y s.s.

⁴⁴ Tratamos estos temas en forma más completa en varios artículos y libros nuestros ya citados que en la presente tesis evitaremos reproducir.

⁴⁵ En este sentido la Fe Cristiana suele recordarnos que la Virgen María es “Abogada” nuestra.

⁴⁶ En el Digesto, título 1 y 2 del libro III, se señala que “El papel de un abogado es exponer ante el juez competente su deseo o la demanda de un amigo, o bien combatir la pretensión de otro”.

⁴⁷ Comenta el gran procesalista Couture respecto de la etimología de este vocablo que proviene “Del latín *advocatus*, -i ‘el que asiste a un litigante con su consejo o presencia’. El latín *advocatus* no designaba propiamente a un abogado, sino más bien a un patrono, un tutor o simplemente a una persona influyente que asumía la defensa de otra, de una institución o de una ciudad, mientras que el abogado profesional se denominaba en latín clásico *causidicus*, *patronus causae* y, en baja época, también *adsertor* o *assertor*. Textualmente significa ‘llamado a asistir’ o ‘llamado junto a’ (es participio pretérito pasivo de *advoco*, -are ‘llamar junto a’, de *ad-* ‘hacia’ - *voco*, -are ‘llamar’). El sustantivo castellano no es, como pareciera, participio del verbo castellano abogar, sino que al revés, el verbo fue formado, al menos con su acepción actual, a partir de *abogado*”. Ver: COUTURE, Eduardo J., *Vocabulario Jurídico, con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo*, edición al cuidado de Jorge Peirano Facio y José Sánchez Fontáns, 6ª reimpression, Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 58, término “abogado”. Además, puede consultarse en GATTARI, Carlos Nicolás, *Abogado. Escribano. Juez. Mediador. Registrador*, Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 24. Tal autor sigue las magníficas enseñanzas que imparte el mencionado jurista uruguayo. También se ha señalado que la antigua Grecia desconoció a los abogados y los acusados debían defenderse por sí mismos. Sólo a partir del siglo V, en algunos procesos importantes, “oradores (logógrafos) incluso como Demóstenes, redactaban un alegato. La Roma republicana conoce el papel de amigos (*advocati*) que asisten a las partes del proceso en los pretorios, e incluso de los abogados (*patronus*, *tutor*, *orator*) como profesión honorífica que otorga fama e influencia y da acceso a los grados en la carrera de los honores. Bajo el Imperio, la función de abogado pierde prestigio y ya no permite el acceso a las funciones públicas, pero se vuelve remunerable. Los abogados desaparecen prácticamente en la Alta Edad Media de Europa, y no reaparecen sino hasta el siglo XIII; con el renacimiento del derecho romano y la afirmación de la justicia real”, conf. KAPLAN, Marcos “El abogado y la sociedad”, en *El papel del abogado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Universidad Americana de Acapulco, Porrúa, México, 1999, pág. 105.

Además puede verse la excelente obra de ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, novísima edición, corregida notablemente, y aumentada con nuevos artículos, notas y adiciones sobre el derecho americano, por don Juan B. GUIM, Librería de la Vda. de C. Bouret, París-México, 1907, pág. 16, voz “abogado”, quien explica que “Esta voz viene del adjetivo latino *advocatus*, que significa *llamado*, porque entre los Romanos en los negocios en que pedían conocimiento de las leyes llamaba cada cual en su socorro á los que hacían un estudio particular del derecho. Tambien eran designados con los nombres de *patronos* y defensores, porque tomaban bajo su proteccion á las personas, encargándose de la defensa de sus intereses, de su honor ó de su vida; y al mismo tiempo se les daba alguna vez el título de *oradores*, cuando se les veia desplegar con calor toda la fuerza de la elocuencia *perorando* por sus clientes. Todas estas

derecho que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico”.

No se crea, empero, que la definición transcripta no es tan “técnica”, pues incurriremos en error. Efectivamente, la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de España (Ley 6/85 del 1 Julio, modificada por Ley Orgánica 19/2003 del 23 de diciembre) la sigue prácticamente en forma literal, al expresar en su artículo 542 -en la normativa anterior era el artículo 436- que “corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico”⁴⁸.

También en el Estatuto General de la Abogacía española -en adelante E.G.A.⁴⁹, norma corporativa básica y vinculante para todos los Colegios de Abogados de España- se sigue literalmente la citada definición, agregando que se consideran abogados “ejercientes” aquellos que “incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de intereses jurídicos ajenos, públicos o privados” (ver artículo 6 y artículo 9 .1 del mencionado Estatuto, aprobado por Real Decreto 658/2001 del 22 de junio, que derogó al Real Decreto 2090/1982 del 24 de julio).

Continuando con las definiciones, en una conocida sentencia el Tribunal Supremo español define al abogado como “aquella persona que se incorpora a un Colegio de Abogados y en despacho, propio o compartido, efectúa los actos propios de esa profesión, tales como consulta, consejo y asesoramiento, arbitrajes de equidad o Derecho, conciliaciones, acuerdos y transacciones, elaboración de dictámenes, redacción de contratos y otros actos jurídicos en documentos privados, práctica de partición de bienes, ejercicio de acciones de toda índole ante las diferentes ramas jurisdiccionales, y, en general, defensa de intereses ajenos, judicial o extrajudicialmente”⁵⁰.

No vamos a señalar aquí las deficiencias técnicas⁵¹ que adolecen las citadas definiciones. Tampoco nos incumben los requisitos que son necesarios para que un

denominaciones convienen igualmente entre nosotros á los que ejercen la profesion de la abogacía ; y se les da ademas por nuestras antiguas leyes la de *voceros* , porque usan de su oficio con voces y palabras”.

⁴⁸ Y ya que estamos con el ordenamiento español, se ha señalado que aunque el Fuero Juzgo (Ley III, Tít. III, libro II), el Fuero Viejo (Tít. I, Libro III), el Espéculo (Tít. IX, Libro IV) y el Fuero Real (Tít. IX, Libro I) dedicaron varias normas a los abogados (voceros), “fue en las Partidas cuando se organiza, bajo el modelo romano, lo concerniente a los abogados, y desarrolla esta materia en el Título VI de la Partida III, donde se facilita su concepto y se les considera como caballeros (*miles legalis*), se fijan los requisitos de su capacidad, los deberes y derechos, se tasan los honorarios, se conmina con la pérdida del oficio a quien celebrara el pacto de *quota litis* y se señalan otras penas al que no cumpliera sus obligaciones”, GARCÍA VARELA, Román, “La conducta desidiosa del abogado y la responsabilidad civil”, en *La Ley (España)*, D-324, pág. 2265, diario 4692 de 14 de diciembre de 1998. Además recuerda el citado autor que el Ordenamiento de Montalvo (Título XIX, Libro II), las Ordenanzas de Medina y las Ordenanzas de los Abogados del año 1495 completaron dicha regulación en forma casuística; “posteriormente la Novísima Recopilación (Título XXII, Libro V) reunió todas las disposiciones a la sazón vigentes, y ya no se legisló más en este espacio hasta la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870”, *art. cit.*, idéntica página. Más adelante volveremos sobre este tema, en particular respecto del pacto de cuota *litis* y del trato privilegiado que tenía, y aún tiene, el abogado.

⁴⁹ Debemos resaltar que “El Nuevo Estatuto General de la Abogacía vio la luz después de un largo y laborioso proceso de elaboración y como primer resultado del Pacto por la Justicia suscripto por las principales fuerzas políticas del Estado y de los denominados agentes de la Justicia, en el que tanto tuvo que ver la postura unánime de la abogacía española, manifestada a través de los máximos representantes de sus órganos rectores que, incluso, brindaron la sede del Consejo General para que se tuvieran las primeras reuniones que posibilitaron, más tarde, el pacto”, conf. GAY MONTALVO, Eugenio, “El largo camino hacia un nuevo Estatuto General de la Abogacía: novedades y permanencias”, en *Comentarios al Estatuto General de la Abogacía Española*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pág. 15.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo del 10 de noviembre de 1990, Ponente Excmo. Sr. Luis Vivas Marzal. Ver, además, CARNICER DÍEZ, Carlos, “Normas deontológicas”, en *Comentarios al Estatuto General de la Abogacía Española*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pág. 200.

⁵¹ En especial la definición que traía el anterior Estatuto, de la que se dijo, por ejemplo, que el hecho de establecer como condición que el abogado tenga un “despacho profesional” deja de lado a los abogados que están bajo algún régimen de dependencia, o los que trabajan en el seno de una empresa y por tal motivo carecen de un despacho “propio”, tal como pareciera exigir la derogada norma. También se señaló, con acierto, que no necesariamente debe ser “ajeno” el interés jurídico defendido por el abogado para que pueda ser considerado como tal. Bien puede tratarse de un interés personal. Este último defecto no fue superado en la nueva normativa, tal como puede observarse con nitidez. Ver en este aspecto un libro cuya lectura recomendamos ya que es de los más completos en habla hispana en lo concerniente a nuestro tema. Nos referimos a SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La Responsabilidad Civil del Abogado*, Editorial Aranzadi S.A., 2ª ed., Navarra, 2001, p. 351.

profesional⁵² pueda ser considerado “abogado” en el sentido propio del concepto⁵³ y pueda aplicársele toda una normativa particular. En definitiva, estas condiciones dependerán del ámbito en donde se ejerza tal noble profesión.

Lo que sí queremos resaltar aquí es que tanto en el lenguaje común cuanto en el propio de la “ciencia” del Derecho *se considera al abogado como defendiendo intereses particulares, sean éstos ajenos o propios, ora públicos⁵⁴, ora privados*. Es decir, se le contempla principalmente como profesional que está al servicio de *intereses bien diferenciados*. Su rol debe ser completamente *parcial* ya que debe asesorar, representar, patrocinar, aconsejar o defender a una persona determinada. Se tiene en cuenta en primer orden un *interés individual*.

No creemos en lo más mínimo que sea exagerado decir que la gran mayoría de nuestros colegas piensan de esta manera: según su óptica nuestra “misión” en la sociedad no radica en beneficiar a ésta, sino tan sólo a esa persona -cliente- que acude a nuestro auxilio. Se piensa, erróneamente, que el sistema está organizado de tal manera que su razón de ser estriba justamente en bregar por un interés particular sin atender en grado alguno a otro tipo de finalidad. Ahora bien, esta forma de contemplar a nuestra profesión ¿es la correcta?

Creemos que no, pues es, al menos, incompleta. Olvida otra faceta, sin duda más importante, que le es propia a esta profesión. No se tiene presente que el abogado es un “auxiliar” de la Justicia⁵⁵ y debe prestar su labor en pos del esclarecimiento real de los hechos,

⁵² Respecto de la noción de “profesional”, es claro que la misma ha estado signada de una marcada “multivocidad”. Ello surge evidente debido a los debates planteados cuando se le pretende delimitar un régimen especial de responsabilidad civil. Las concepciones varían según se entienda a tal concepto en sentido amplio o restringido. El concepto amplio supone la concurrencia de “algunas” de estas notas distintivas en su desempeño: habitualidad, reglamentación, habilitación, presunción de onerosidad, autonomía técnica y, en su caso, sujeción a la colegiación, sometimiento a las normas éticas y potestades disciplinarias, no siendo imprescindible el título profesional universitario. Dentro de esta conceptualización amplísima ingresan los rasgos constitutivos de la noción de “profesional liberal”, cuestión también objeto de debates. Sobre el particular en las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, realizadas en 1989, se consideraron como notas distintivas de la “profesionalidad” en sentido lato, entre otras, la condición de “experto” en un área del saber (científico, técnico o práctico), habitualidad, reglamentación, habilitación, presunción de onerosidad; y en especial con relación a los “profesionales liberales”: autonomía técnica, sujeción a normas reglamentarias y éticas. De esta forma se resaltaban las notas propias que caracterizaban al profesional liberal como especie.

En otro sentido es claro que debemos observar cada reglamentación en especial para constatar si a dicho profesional liberal -en nuestro caso el abogado- le será de aplicación el régimen particular de protección al consumidor, cuestión un tanto ajena a nuestro estudio. Para ello derivamos, entre otros, y a quienes venimos siguiendo en esta nota: FRESNEDA SAIEG, Mónica y FRUSTAGLI, Sandra A. “Las prácticas abusivas en la ley de Defensa del Consumidor: implicancias en orden a la responsabilidad profesional del abogado”, en *RCyS* 2009-IX, pág. 16 y s.s.

⁵³ Por otro lado, coincidimos con Ossorio cuando afirmó que el “verdadero” abogado es el que “ejerce permanentemente (tampoco de modo esporádico) la Abogacía. Los demás serán Licenciados en Derecho, muy estimables, muy respetables, muy considerables, pero Licenciados en Derecho, nada más”, OSSORIO, Ángel, *El alma de la toga*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1997, pág. 24. Con ello el notable jurista y ex Decano del Colegio de Abogados de Madrid (además de ex Gobernador de Barcelona) quiso significar que la abogacía no es una consagración académica, sino una concreción profesional a quien dedica su vida a dar consejos jurídicos y pedir Justicia.

⁵⁴ El caso del abogado del Estado. Si bien defiende un interés “público” lo es de una persona determinada, por ello le acentuamos esa nota de “parcialidad”. Además, es sabido que el Estado bien puede desenvolverse en la esfera privada, e incluso puede adoptar formas jurídicas propias de esa naturaleza.

⁵⁵ Por cierto, que más que “auxiliar” de la Justicia -como se determina en la generalidad de las legislaciones y se hace eco nuestra doctrina-, el abogado es una pieza fundamental en el sistema judicial; por ello se expresó, con acierto, que “el abogado no es un mero auxiliar de la justicia. La palabra ‘auxiliar’ no da la dimensión de su tarea, pues parece referirse a un grado menor. El abogado no es un auxiliar sino una presencia relevante en el proceso. Integra la estructura de su funcionamiento. El patrocinio obligatorio que consagra la ley procesal representa la necesidad ineludible de la asistencia técnico-científica. Y ello se conecta con el derecho de defensa, de raíz constitucional”, CIPRIANO, Néstor Amílcar, *Misión y jerarquía de abogados y jueces...*, *ob. cit.*, pág. 22. Con criterio parecido se ha señalado que el abogado “es un *colaborador necesario* de la función jurisdiccional al que se le confía la defensa efectiva de los derechos individuales y colectivos; de ahí que las consecuencias de sus errores sean tan graves”, CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil*, Thomson Civitas (Editorial Aranzadi S.A.), Navarra, 2005, pág. 31. La cursiva es nuestra. Sobre el particular reza el artículo tercero, segunda parte, del Código de Ética del Abogado para el Perú -aprobado por la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú- que “La probidad e integridad de la conducta del abogado, cualquiera fuere el ámbito donde se desempeñe, es esencial para el adecuado funcionamiento del sistema de justicia, la vigencia del Estado de Derecho y la vida en sociedad. La transgresión de los principios éticos agravia a la Orden”.

"
luchando por el triunfo de la verdad⁵⁶ que, en rigor de principios, tiende a consolidar el Estado de Derecho.

De esta función - eminentemente social⁵⁷ - muchos reniegan en beneficio aparente de su parte especial. Algunos se estiman mejores abogados porque son capaces de presentar la verdad disfrazada, o porque su oratoria y elocuencia son aptas para marear al más despierto de los jueces, o porque su cliente, en definitiva, obtiene más provecho de la situación de lo que los límites moral y jurídico le establecieron⁵⁸.

Olvidan, por ejemplo, que el Código de Ética de los Abogados que rige en el ámbito Federal de la República Argentina en su artículo 6 proclama que "Es misión esencial de la abogacía el afianzar la justicia y la intervención profesional del abogado, función indispensable para la realización del derecho". También reza que el abogado debe "preservar y profundizar el Estado de Derecho fundado en la soberanía del pueblo y su derecho de autodeterminación" (artículo 7) y que "es consustancial al ejercicio de la abogacía la Defensa de los Derechos Humanos" (artículo 8).

También el reciente Código de Ética del Abogado para el Perú, aprobado el 14 de abril del 2012 por la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú (que consagra reglas obligatorias para todos los abogados inscritos en los Colegios de Abogados de la República) dispone que la Abogacía cumple una función social al servicio del Derecho y la Justicia. Y que "su objetivo esencial es la convivencia social de los hombres como fuente fecunda de paz, libertad, progreso y bienestar general" (conf. art. 2). Y en cuanto a la "misión" de nuestra profesión sostiene que "La abogacía tiene por fin la defensa de los derechos de las personas y la consolidación del Estado de Derecho, la justicia y el orden social" (conf. art. 3ero).

En idéntico sentido, aunque menos gráfico, el Código de Deontología de los Abogados de la Unión Europea establece en su Preámbulo que el abogado cumple un papel esencial en la sociedad y que "Sus obligaciones no se limitan al fiel cumplimiento de lo encomendado, en el ámbito de la legislación aplicable. En un Estado de Derecho, el Abogado debe servir a los intereses de la Justicia, así como los derechos y libertades que se le han confiado para defenderlos y hacerlos valer"⁵⁹.

Ya hablaremos sobre la relación entre el orden normativo moral con el jurídico. Cumple aclarar que también para los "positivistas" valen las reglas recién sentadas.

Más patente es el asunto si tenemos presente que el Estatuto General de la Abogacía española también nos habla de la "función social" que corresponde a la abogacía y la colaboración que se debe prestar en la promoción y administración de la Justicia. En efecto,

⁵⁶ Recordemos que el lema de la prestigiosa Universidad de Harvard -para muchos la mejor en el orbe actualmente- es, precisamente, *veritatis*.

⁵⁷ Señaló el estimado profesor Mosset Iturraspe que las profesiones (en particular "nuestra profesión") "dejan de ser liberales para convertirse en sociales, por su eco o resonancia en la vida de la comunidad. El hacer del profesional no queda ahora liberado a su iniciativa, imaginación, preocupación o ciencia...; sus semejantes tienen derecho a no ser defraudados y de ahí que se les competa el deber de un ejercicio idóneo, probo, leal y honesto. En que ello ocurra hay intereses superiores, que exceden del interés del cliente, la convivencia en paz y armonía, para el logro del bien común, aparecen comprometidos", MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad profesional del abogado por daños en el ejercicio de su misión", en *La Ley*, 1980-C, págs. 488 y s.s.

⁵⁸ Con criterio parecido se ha señalado que "Aunque el vulgo ignaro y prostituido suele creer que la gracia del abogado está en hacer ver lo blanco negro, la verdad es exactamente la contraria. El abogado está para que lo blanco deslumbre como blanco y lo negro entenebrezca como negro. Somos voceros de la verdad, no del engaño. Se nos confía que pongamos las cosas en orden, que procuremos dar a cada cual lo suyo, que se abra paso la razón, que triunfe el bien", OSSORIO, Ángel, *ob. cit.*, pág. 127.

⁵⁹ Conf. Preámbulo, artículo 1., 1. "La función del Abogado en la sociedad". Tal Código de Ética de la Unión Europea ha sido adoptado por los representantes de las 18 delegaciones de la Comunidad Europea y del Espacio Económico Europeo, en la Sesión Plenaria en Estrasburgo el 28 de octubre de 1988 y modificado en las Sesiones Plenarias de 28 de noviembre de 1998 y 6 de diciembre de 2002. Nos resulta totalmente ajeno a nuestro estudio el reciente alejamiento de Inglaterra (al menos su pretendido intento) de la Comunidad Económica Europea y los múltiples efectos que ello traerá aparejados (políticos, económicos, jurídicos, etcétera).

"

en su título 1ero, artículo 1.1, nos expresa que la abogacía es una profesión libre e independiente que “presta un servicio a la sociedad en interés público”⁶⁰.

También la Constitución Federal brasilera del año 1988 en su artículo 133 proclama al abogado como indispensable a los efectos de la administración de la Justicia, siendo inviolable por sus actos y manifestaciones realizados con motivo del ejercicio de su función.

En este orden de ideas, podemos observar el Preámbulo del Código de Ética mexicano que nos señala que: “En una sociedad fundada en el respeto a la Justicia, el abogado tiene un papel fundamental. Su misión no se limita a ejecutar fielmente un mandato en el marco del Derecho. En un Estado de Derecho, el Abogado es indispensable para lograr el respeto y cumplimiento de la Justicia y de los justiciables, pues tiene la obligación de defender sus derechos y libertades; es por lo tanto el asesor y defensor de su cliente, y en todo momento deberá buscar la prevalencia de la Justicia”⁶¹.

Existe otro ordenamiento legal que directamente proclama que el ejercicio profesional de la abogacía entraña una “función pública”. En efecto, el artículo primero de la Ley Provincial N° 5233 (Adla, XLI-A, 1228) que regula el ejercicio profesional de la abogacía en la Provincia de Tucumán -República Argentina- expresa que “La abogacía es una función social al servicio del derecho de la Justicia. Su ejercicio es una función pública, pero de desempeño particular o privado”⁶².

No entraremos en inútiles disquisiciones en torno a si el concepto “función pública” es del todo aplicable. Sí resaltaremos que estos textos normativos, como tantos otros, hacen hincapié en la *función social* que deben cumplir los abogados.

En efecto, no es tan sólo la defensa de un interés particular lo que conforma la esencia de la profesión. Con tal inteligencia VIGO⁶³ señala que el abogado debe ser responsable, lo que implica que al defender el interés encomendado no debe dejar de lado las exigencias del bien común. Por ello: “se admite pacíficamente que aunque los abogados patrocinen los derechos privativos de sus clientes, están también en alguna medida participando del ‘*munuus*’, o desempeñando un cometido cuasi público, ya que cumplen una indudable y trascendente función social, al cooperar con el Estado para que se eliminen o compongan los conflictos existentes entre los particulares”⁶⁴.

En idéntico sentido ha señalado el ilustre profesor florentino Piero CALAMANDREI que: “la abogacía responde, aún en el Estado autoritario, a un interés esencialmente público, tan importante como el interés a que responde la magistratura; jueces y abogados son por igual órganos de la justicia, servidores igualmente fieles al Estado, que les encomienda dos momentos inseparables de la misma función”⁶⁵. También hablando del Derecho italiano ha expresado LEGA que sociólogos y juristas están de acuerdo en admitir que la abogacía cumple una notable función social. De hecho el legislador configuró a esta

⁶⁰ Respecto de la función social que cumple el abogado (mas bien la “abogacía”) en España recomendamos el excelente trabajo de CARNICER DÍEZ, Carlos, “Normas deontológicas”, en *Comentarios al Estatuto General de la Abogacía Española*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, págs. 189 y s.s.

⁶¹ Ver: Código de Ética de los Abogados de México del año 1997, 1. Preámbulo, 1.1. La misión del abogado.

⁶² También resalta esta normativa particular LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pág. 543.

⁶³ VIGO, Rodolfo Luis (h), *Ética del Abogado. Conducta procesal indebida*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, pág. 143, mandamiento 6 “SÉ RESPONSABLE”.

⁶⁴ Conf. TRIGO REPRESAS, Félix A., “Normas legales y principios éticos en el ejercicio de la abogacía”, en *Ética y Derecho, en homenaje al Dr. Ricardo Balbín*, Fundación Casa Ricardo Balbín, Buenos Aires, 1998, pág. 316 y doctrina allí citada.

⁶⁵ CALAMANDREI, Piero, *Elogio de los Jueces, escrito por un abogado*, Estudio preliminar de Marcelo Bazán Lazcano, traducción de la tercera edición italiana de Firenze publicada por Le Monnier realizada por Ayerra Redín, Santiago Sentís Melendo y Conrado Finzi, Librería El Foro, Buenos Aires, 1997, pág. 59 (del Prólogo del autor a la segunda edición). Por supuesto, no queremos con ello significar que el abogado cumple un rol similar al del juez, en cuanto a su participación en el proceso. El gran autor traído a colación nos dice al respecto que “El abogado que pretendiese ejercer su ministerio con imparcialidad, no sólo constituiría una embarazosa repetición del juez, sino que sería el peor enemigo de éste; porque no llenando su cometido, que es el de oponer a la parcialidad del contradictor la reacción equilibradora de una parcialidad en sentido inverso, favorecería, creyendo ayudar a la justicia, el triunfo de la injusticia contraria”, *ob. cit.*, págs.126 *in fine* y 127.

profesión como un “servicio de necesidad pública (art. 359 del Cód. Pen.) y como ministerio, función y colaboración a la administración de justicia (Ley forense)”⁶⁶.

En esta senda podemos afirmar con CUETO RÚA que: “Tanto el juez como el abogado son llamados por su vocación, a realizar los valores que dan sentido a sus vidas como hombres de derecho: el orden y la seguridad, para abrir el camino de la acción humana; la paz y el poder, para unir espíritus y movilizar energías; la cooperación y la solidaridad para enriquecer la vida de otros con el aporte de la propia y la justicia, para alcanzar armonía individual y social y racionalidad en el comportamiento”⁶⁷.

Y no está de más recordar que el Poder Judicial es el más trascendental de los Poderes del Estado puesto que, como expresaba OSSORIO: “Actúa sobre los ciudadanos en su hacienda, en su libertad y hasta en su vida. Está sobre el Gobierno porque enjuicia a sus miembros y porque revoca y anula sus disposiciones en la vía contencioso-administrativa. Impera sobre el mismo Parlamento ya que puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes”⁶⁸.

En definitiva, el abogado debe bregar, además, por la realización del Derecho. Y como dijo magníficamente COUTURE⁶⁹: el día en que se encuentre en conflicto el Derecho -positivo, se entiende- con la Justicia, se debe luchar por la Justicia.

En este aspecto puede válidamente decirse que el abogado -al igual que el político- debe ser ante todo un “filópolis” (al decir de Platón: amante de la polis o sociedad⁷⁰) y debe

⁶⁶ LEGA, Carlo, *Deontología de la profesión de Abogado*, traducción de Miguel Sánchez Morón, 1ª edición, Civitas, Madrid, 1976, pág. 45.

⁶⁷ CUETO RÚA, Julio C., “El buen abogado litigante”, en *La Ley*, 1988-C-716.

⁶⁸ OSSORIO, Ángel, *El alma de la toga*, cit., pág. 254. Allí continúa diciendo, en opinión que compartimos, que “El juez no puede ser simplemente un profesional porque su misión está situada entre los hombres y los dioses. De nada sirve a los pueblos tener fuerza, riqueza y cultura si no tienen justicia”, *ibídem cita anterior*.

⁶⁹ COUTURE, Eduardo J., *Los mandamientos del Abogado*, reimpresión inalterada de la 4ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1966, pág. 35, mandamiento cuarto: LUCHA. Sinceramente pensamos que no debe egresar un alumno de las Facultades de Derecho -públicas o privadas, española, italiana, mexicana o argentina- sin que haya leído tal libro. Pero sobre todo creemos que no debe existir un abogado en ejercicio de su profesión sin que hubiese comprendido el mensaje que nos legó el gran procesalista uruguayo. Dicho sea de paso, Couture predicó por primera vez sus famosos “mandamientos”, con el título *Confesiones de un abogado*, en Rosario, Argentina, el 17 de junio de 1948. La primera edición del opúsculo *Los mandamientos del abogado* data del año 1949. Ver CHIAPPINI, Julio, *Derechos y deberes de los jueces y abogados*, ob. cit., pág. 208.

Y hablando de “mandamientos”, también merece un lugar especial, ante todo por la época en que fueron pensados, los de Saint Ive (San Ivo), Patrono de los abogados, quien vivió en Francia en el siglo XIII (1253/1303). A título informativo recordaremos que San Ivo nació el 7 de octubre de 1253 en Kermestín, Baja Bretaña, Francia. Cursó estudios de derecho y teología en las Universidades de París y Orleans doctorándose en ambas Facultades. De regreso a su tierra natal, fue nombrado juez del tribunal y protegió a huérfanos, defendió a los más pobres y administró justicia con imparcialidad y bondad. Fue llamado el “Abogado de los pobres”. Visitó cárceles llevando regalos a los presos y ofreció memoriales de defensa a los que no podían conseguirse un abogado. Fue Vicario y Juez eclesiástico en Rennes y Treguier. Fue ordenado sacerdote, y desde entonces se dedicó a la predicación y a la administración de los sacramentos. Falleció el 11 de mayo de 1303. Canonizado por Clemente VI en 1347. Tiene su fiesta el 19 de mayo. Pues bien, su famoso “Decálogo” -realizado hace más de siete siglos, pero con plena vigencia hasta nuestros días- dice que: I) El Abogado debe pedir ayuda a Dios en sus trabajos, pues Dios es el primer protector de la Justicia. II) Ningún Abogado aceptará la defensa de casos injustos, porque son perniciosos a la conciencia y al decoro profesional. III) El Abogado no debe cargar al cliente con gastos excesivos. IV) Ningún Abogado debe utilizar, en el patrocinio de los casos que le sean confiados, medios ilícitos o injustos. V) Debe tratar el caso de cada cliente como si fuese el suyo propio. VI) No debe evitar trabajo ni tiempo para obtener la victoria del caso que tenga encargado. VII) Ningún Abogado debe aceptar más causas de las que el tiempo disponible le permite. VIII) El Abogado debe amar la Justicia y la honradez, tanto como las niñas de sus ojos. IX) La demora y la negligencia de un Abogado causan perjuicio al cliente y cuando eso acontece, debe indemnizarlo. X) Para hacer una buena defensa el Abogado debe ser verídico, sincero y lógico. Algunos autores también agregan a ese “decálogo”, otros dos mandamientos, a saber: XI) Si un abogado pierde un caso debido a su negligencia, debe recompensar debidamente al cliente. XII) Los principales requisitos de un abogado son: sabiduría, estudio, diligencia, verdad, fidelidad y sentido de justicia.

⁷⁰ Sobre la vida y obra de Platón (cuyo verdadero nombre era Aristocles, hijo de Aristón y fundador de la Academia -nombre que proviene por haber sido construida en un bosque a las afueras de Atenas, donde se hallaba un santuario dedicado a un héroe menor, “Academo”- considerada por muchos como la primera Universidad europea) y la de su maestro, el gran Sócrates (cuyo personaje histórico es puesto en duda al afirmar que solo era usado por Platón en sus diálogos, lo que constituye algo falso pues otros filósofos de esa época también se refieren a Sócrates -vg. Jenofonte y después el mismísimo Aristóteles, discípulo de Platón-, aunque no haya dejado nada por escrito, legado que aún hoy la humanidad siente angustia), padre de la mayéutica y, por ende y a *posteriori*, de la dialéctica, de los razonamientos inductivos y las definiciones “universales”, recomendamos a DAL MASCHIO, E. A., *PLATÓN. La verdad está en otra parte*, de la colección “Salvat” bajo

"

atender siempre a la realización del bien común, ya que de esta manera, justamente, estaría también alcanzando su bien particular⁷¹.

Por supuesto que esta importante función (y misión) social atribuida a la profesión forense no puede dejar de influenciar los comportamientos del abogado entendidos según la deontología⁷². Los vínculos entre la mentada función y la ética profesional son tan estrechos que puede afirmarse que entre una y otra se verifica un proceso de ósmosis⁷³.

2) Clasificación de deberes profesionales según su distinta “esencia”.

Sin dudas que a cada derecho corresponde una “obligación”. Más patente se vuelve ese razonamiento si percatamos que la misma *obligatio* (preposición acusativa *ob* y verbo transitivo *ligare, ligo, ligatum*) implica un vínculo o ligamen entre un sujeto acreedor y otro deudor⁷⁴. Lo que es un derecho para una persona lo es una obligación para otra.

Pero lo que aquí queremos significar es que *dada una situación particular -cual es el ejercicio profesional de la abogacía- la misma implica una serie de derechos y obligaciones*. Lógicamente con respecto a cada “derecho” corresponde un obligado a responder. Como así también, cada obligación del abogado tiene un sujeto diferenciado que será su acreedor. Este sujeto puede ser singular (verbigracia, su cliente) o universal (la sociedad).

Pues bien, el hecho de ejercitar el rol de abogado conlleva un cúmulo de derechos y obligaciones. Pero puesto que esta temática fue objeto de estudios anteriores nuestros que no pretendemos reiterarlos en esta tesis doctoral, ahora sólo nos ocuparemos de una clasificación de las obligaciones profesionales del abogado, aquella que consiste en diferenciarlas a éstas *acorde a su propia consistencia, su esencia o naturaleza -si es que se puede, válidamente, llamarlas de esta forma-*.

Desde este enfoque corresponde hacer primero una subdivisión. Nos referimos a aquella que tiene en cuenta *si la obligación profesional proviene del ordenamiento normativo jurídico o si deriva de la aplicación de principios éticos o morales*⁷⁵. Las normas

la dirección de Manuel Cruz, Editorial Salvat, Barcelona, España, 2017 y que también se distribuye en Argentina, México y Perú.

⁷¹ Se ha afirmado que “Toda profesión tiene siempre el carácter de actividad social. En efecto, la profesión supone una organización social dentro de la cual los distintos trabajos se distribuyen entre los hombres para lograr el bien común. Claro está que esta función social de la profesión está en concordancia con el bien particular de quien la ejerce. Todo trabajo merece su recompensa, que es la ganancia honesta mediante la cual los hombres se proporcionan los medios de su propia subsistencia. La honradez es una consecuencia obligada de la función social de la profesión, que tiene por objetivo el bien común. La profesión es, por su propia definición, una contribución al bien común; de ahí que si una persona busca exclusivamente su propio bien individual, sin importarle los procedimientos, las injusticias, los agravios ni los daños que produce o puede producir a sus semejantes, esa persona será un profesional del crimen, pero nunca un verdadero profesional”, conf. SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., *La ética y los jueces*, Ediciones Dike, Foro de Cuyo, Mendoza, 2003, pág. 83. Obsérvese que el autor recién citado nos habla de una nota común a todas las profesiones, la referida a la “intención de servir a los demás”, característica ésta que adquiere un valor singular en el caso de la abogacía, ello en virtud de los trascendentes intereses en juego.

⁷² Con criterio general que compartimos se ha señalado que “Es lógico que la consideración del Abogado como partícipe de un noble ministerio surja un abanico de deberes, y, en su caso, la sujeción a responsabilidad civil, penal y disciplinaria, según el grado de incumplimiento de las tareas profesionales”, conforme GARCÍA VARELA, Román, “La conducta desidiosa del abogado y la responsabilidad civil”, en *La Ley (España)*, D-324, pág. 2265, diario 4692 de 14 de diciembre de 1998.

⁷³ Conf. LEGA, Carlo, *Deontología de la profesión de Abogado*, traducción de Miguel Sánchez Morón, 1ª edición, Civitas, Madrid, 1976, pág. 47.

⁷⁴ El sentido original de la *obligatio* radicaba en que el deudor estaba ligado, atado, amarrado, encadenado, anudado o enlazado al acreedor, el cual podía disponer de su propia persona, sea sometiéndolo a prisión doméstica, sea vendiéndolo como esclavo, sea repartiendo su cuerpo con otros acreedores. De hecho, el cumplimiento de la prestación (“pago” para nosotros) en el sistema romano era la *solutio*, término que significa desatar, puesto que el vínculo se disolvía, es decir, el deudor se *desligaba*, se desataba. Puede verse en este tema las brillantes clases dictadas en Argentina por nuestro querido maestro y amigo MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Curso de obligaciones*, Tomo I, 2ª edición, Advocatus, Córdoba, 1994, págs. 35 y s.s. En el Derecho italiano, puede verse, por todos, MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo IV, Derecho de las Obligaciones. Parte general*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, n° 1 y s.s., págs. 3 y s.s.

⁷⁵ Respecto de los principios éticos referidos al abogado, se ha señalado -en forma algo elemental, pero ciertamente- que “La muy diversa naturaleza de la normativa que contiene las reglas deontológicas tiene un denominador común: Son normas que informan las relaciones de los abogados con sus clientes, con su Colegio y otras instituciones, con los restantes abogados, con los intervinientes en el proceso, incluida la parte contraria, y con la Administración de Justicia en general, pero que obligan exclusivamente a los abogados”, conf. CARNICER

deontológicas persiguen diseñar, “generalmente en forma de prohibición u obligación, la correcta actuación profesional de los letrados. Toda su posible actuación profesional y no sólo la que se desarrolla ante los Tribunales de Justicia”⁷⁶.

Hemos citado adrede disposiciones de índole jurídica mezcladas con preceptos morales con la finalidad que observen el complemento armónico que existe entre esos dos campos normativos, al menos en nuestra materia. Por cierto que la regulación jurídica aplicable a la conducta del abogado, está constituida por normas prácticamente de validez universal⁷⁷. Ya volveremos sobre el particular.

Pero también *es posible distinguir, en el mismo sistema normativo jurídico, obligaciones profesionales que pertenecen a distintos subsistemas*. En efecto, y a pesar que el Derecho es uno sólo, es claro que está dividido en ramas diversas que implican especialidades dentro del universo jurídico. Lejos está de nuestro propósito explicar el origen y el porqué de tales desprendimientos.

Lo cierto es que existen obligaciones del abogado que pertenecen a distintos campos jurídicos y cuya trasgresión quedará regida por normas de diversa consistencia.

Desde esta particular perspectiva es factible diferenciar *deberes de “naturaleza” civil, penal, laboral, administrativa, etcétera*. Estamos rozando, así, el tema que tratamos a continuación.

3) Sus faltas y la distinta naturaleza de las sanciones. La antijuridicidad.

Dada la variedad de las obligaciones del abogado, *no puede ser única la sanción que corresponda ante su incumplimiento*. Justamente es allí, en la faz de su “consecuencia”, donde radica la verdadera diferencia entre los deberes que compelen al abogado en su ejercicio profesional.

En esta cuestión se repite por casi toda la doctrina que el abogado en su quehacer profesional puede incurrir en *diversos tipos deresponsabilidad, a saber: disciplinaria, civil o penal*⁷⁸. La primera de éstas estaría valorada bajo la jurisdicción de los Tribunales de Disciplina que pertenecen a los Colegios de Abogados. La otra, en principio, bajo la óptica de los jueces civiles y la última, en fin, por sus pares penales.

En este orden de ideas, se puede pensar que cuando en uso de la potestad disciplinaria los tribunales de Ética de los Colegios Públicos de Abogados resuelven alguna causa, lo hacen teniendo presente únicamente *si se cometió una infracción a los deberes*

DÍEZ, Carlos, “Normas deontológicas”, en *Comentarios al Estatuto General de la Abogacía Española*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pág. 191.

⁷⁶ CARNICER DÍEZ, Carlos, *art. cit.*, págs. 192 *in fine* y 193.

⁷⁷ Normas que en algunos países “no han sido -ni requieren serlo- promulgadas por el poder público. Su fuerza y su positividad emanan de principios consuetudinarios tácitamente aceptados por todos los pueblos civilizados y, sobre todo, a las que estamos sometidos por el solo hecho de practicar la abogacía. No por ello, por no emanar de una fuente formal legislativa, carecen de fuerza obligatoria, es decir de imperatividad”, concluye hablando del sistema mexicano GALINGO GARFIA, Ignacio, “El abogado litigante. Algunas reflexiones”, en *El papel del abogado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Universidad Americana de Acapulco, Porrúa, México, 1999, pág. 74.

⁷⁸ También ésta es la solución normativa. En ese sentido se expiden el Estatuto General de la Abogacía (Título VIII) y la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 546.2) en el régimen español. En el citado artículo de la Ley Orgánica se especifica, en forma muy gráfica, que “los abogados y procuradores están sujetos en el ejercicio de su profesión a responsabilidad civil, penal y disciplinaria, según proceda”. Por cierto, una de las pocas sentencias que encontramos del Tribunal Supremo en donde se condena al abogado penalmente es la del 16 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 945). Claro que corresponde a la Sala Segunda. En este caso la letrada había perjudicado a su cliente en forma manifiesta configurando el delito de deslealtad profesional, tipificado en el art. 467.2 del Código Penal. Es que la abogada había aceptado un encargo profesional (cobro de una deuda garantizada con una letra de cambio) y después de ciertas gestiones no inició la reclamación civil como correspondía. En consecuencia “aparece una conducta inexcusablemente negligente por parte de la abogada que ha causado graves perjuicios a su cliente, perjuicios no solo morales, inherentes al engaño de que fue objeto por parte de aquélla, sino además, otros de índoles patrimonial... concurren por ello todos los requisitos precisos para la comisión del delito por el que se condena a la recurrente, pues el perjuicio puede producirse tanto por acción como por omisión, de modo que entran en la conducta típica con claridad los supuestos de inactividad procesal”, F.D.1º. Por dicho delito de deslealtad profesional por negligencia grave se impone una multa diaria de seis meses, con cuota diaria de seis euros, más inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de abogado por seis meses, costas, y una indemnización para el perjudicado de trescientos euros.

morales impuestos por las normas deontológicas. A su turno, si nos situamos en el ámbito judicial, se creará que el juez civil se maneja con preceptos jurídicos civiles, comportamiento que también realiza el magistrado penal a la luz de sus principios.

Sin embargo, la situación no es tan sencilla como parece desprenderse de ese simplificado marco de posibilidades. Es mucho más compleja pues, amén de existir otros tipos de responsabilidades profesionales⁷⁹, *existe una íntima relación entre el orden ético y el jurídico. También existe una afinidad significativa entre el campo penal y el civil -y este extremo sí fue suficientemente estudiado por nuestra doctrina-. Veamos, pues, estas “interrelaciones”.*

Se nos hace imperioso adelantar nuestra opinión para que se comprenda cabalmente lo que queremos decir. Nuestro sentir demanda que primero afirmemos que *no existe un abismo entre el orden moral o ético y el jurídico*, como quieren algunos positivistas. Lógicamente tampoco se identifican completamente, pues entonces tendríamos un sólo orden normativo: *el jurídico moral*⁸⁰. Pero sí profesamos que *están en íntimo contacto*. Ello por varios motivos.

Antes que nada, debe quedar en claro que *el orden ético es preexistente e inexorablemente valor incorporado al orden jurídico que lo enaltece*. Por ello el contrato

⁷⁹ Además de la responsabilidad disciplinaria, la civil y la penal por todos proclamadas, estamos convencidos que el abogado en su ejercicio profesional puede incurrir en otros “tipos” de responsabilidades.

Por ejemplo, la que llamamos *responsabilidad “jurisdiccional”* que se configuraría, entre otros supuestos, en los casos de *plus petitio* inexcusable en la cual “se imponen costas al abogado cuando ha sido su conducta la causa eficiente para generarlas, y dicha conducta es reprochable subjetivamente”, dice ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, en *Doctrina Judicial, Solución de casos, 1, 2ª ed.*, Alveroni Ediciones, Córdoba - Argentina-, 1998, pág. 99 *in fine*. En este sentido el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina dispone en su art. 52 que sin perjuicio de la responsabilidad civil o criminal el mandatario deberá abonar a su poderdante las costas causadas por su exclusiva culpa o negligencia declaradas judicialmente. Los Códigos de ritos provinciales tienen disposiciones análogas (verbigracia, el de Tucumán, en su art. 111 en cuanto a la *plus petitio*, y el art. 107 de la Ley 8226 de Córdoba). También se presenta tal situación en los casos de temeridad procesal, es decir si nos encontramos ante “una defensa afrentosa para el más elemental sentido común, violatoria del nivel mínimo de razonabilidad y justicia, productora de un desgaste procesal y jurisdiccional inútil, de resultado adverso seguro y, por ende, previsible y extremadamente dañosa para el propio cliente” (*ibídem cita anterior*, págs. 102 y 103). En estos casos no estamos ante cuestiones de responsabilidad civil, pues no se hace un análisis profundo de la causa y ni siquiera se lleva un segundo proceso, el de daños, el “juicio sobre el juicio”. Tampoco se indemniza al perjudicado cliente como correspondería hacerlo si de una acción de daños se tratase. Estas responsabilidades jurisdiccionales -porque las impone el mismo juez- son más eficaces y rápidas, pero con menor alcance que las de mala praxis profesional. No hace falta un nuevo juicio, repetimos, ya que las costas se imponen en aquél mismo en el cual el abogado actuó descalificadamente en forma grosera. Su conducta culposa hablará por sí misma -*res ipsa loquitur*-, no haciendo falta más pruebas en ese aspecto. El juez que atiende el proceso original puede imponer las costas en forma solidaria, al cliente y al abogado. Incluso puede llegar a ser un antecedente fáctico y probatorio considerable tal proceder para un futuro pleito de mala práctica profesional.

También puede existir una *responsabilidad “administrativa”* -preferimos el término “disciplinaria” para la que determinan los Tribunales de Disciplina-, en los casos de abogados que pertenezcan o representen al Estado, y cuyo fuero propio será primero el “administrativo”, el que podrá servir de antesala a la sede judicial.

En fin, además podemos constatar una *responsabilidad de índole “laboral”* para aquellos abogados que trabajen bajo alguna forma de dependencia.

Por su parte, el estimado jurista y amigo LÓPEZ HERRERA, también nos refiere de una posible responsabilidad “moral”, que surgiría cuando el letrado siente en su fuero íntimo que ha obrado mal, sin que tal comportamiento quebrante la ética ni el derecho, ni tenga consecuencias jurídicas. También prefiere denominar a la responsabilidad que llamamos jurisdiccional como “disciplinaria” -cuya sanción es aplicada por el juez-, amén de afirmar que la responsabilidad que normalmente se entiende por disciplinaria sería una responsabilidad “ética”, puesto que serían los Tribunales de Ética los encargados de juzgarlas. Como vemos existen diferentes enfoques sobre la cuestión. Desde nuestra óptica nos cuesta denominar “responsabilidad” a la situación generada que no tenga ninguna consecuencia jurídica ni exista quebrantamiento de regla implicada -ya jurídica, ora moral-. Ver: LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, págs. 543 y s.s.

Cabe aclarar que estos temas no fueron casi tratados por la doctrina manteniendo esa responsabilidad tripartita que correspondería aplicar al profesional del Derecho cuando infrinja alguna “norma” en su quehacer propio.

⁸⁰ El mismo PAULO ya expresaba que “*non omne quod licet honestum est*”, Dig. 50, 17, 144. En cuanto a la relación entre la moral y el Derecho nos parece adecuado remarcar que “La moral regula todos los actos humanos, mientras que el derecho regula sólo aquéllos cuyo objeto es ‘lo suyo’... la moral determina lo que es bueno, el derecho únicamente lo que es justo. El derecho positivo debe estar dentro de la moral, ya que regulando ésta todos los actos humanos y rigiendo aquél una determinada categoría de los mismos, es evidente que todo lo jurídico debe ser moral, pero también que no todo lo moral debe ser jurídico. Por eso se ha dicho acertadamente que el derecho, mejor que un círculo concéntrico dentro de la moral, es un sector de ésta”, SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., *La ética y los jueces, ob. cit.*, págs. 30 y 31.

profesional-cliente “debe primordialmente enmarcarse en ese orden ético que demanda en el profesional de la abogacía una conducta de ‘lealtad, probidad y buena fe’”⁸¹.

Además conviene recordar que *existen numerosas disposiciones morales que directamente se positivizan*⁸², sea por obra del legislador, sea por el quehacer de los magistrados judiciales⁸³. Podemos decir, con la estimada profesora Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, que “Muchos ‘standars’ morales han entrado por la puerta grande del Derecho; entre ellos, el principio rector de la buena fe (art. 1198)”⁸⁴, o el principio que prohíbe el uso abusivo de derechos (art. 1071 Cód. Civ.), entre otros. Con esta inteligencia se sostiene que al ser el Derecho una *ciencia moral* “los deberes morales suelen convertirse en obligaciones o reglas jurídicas”⁸⁵. De esta forma, *cuando el precepto moral adquiere el “rango jurídico” no queda duda acerca de su “coercibilidad”* (nota característica -según se sostiene-, junto a la “alteridad”, del orden jurídico).

Con un criterio parecido ha señalado HERNÁNDEZ GIL que ni el deber moral queda reducido a un sublime postulado sin ninguna consecuencia práctica en caso de violación, ni el mismo resulta asumido por entero en una formulación jurídica completamente normativizada. De hecho, *la deontología, en especial la del abogado, se sitúa en una zona intermedia entre el campo del Derecho y de los dominios de la moral o ética*, “donde ni todo son normas absolutas de pleno y exclusivo alcance ético, ni todo son normas jurídicas estrictas. Estas se nutren de un contenido moral o, al menos, mantienen una inseparable vinculación con ese contenido en el plano de los presupuestos y de los fines; y aquéllas, las normas morales, se acoplan a las específicas exigencias de un comportamiento profesional y reciben la impronta de la exigibilidad jurídica que de suyo carecerían”⁸⁶.

En este sentido -hablando de la mala praxis médica- se expresó el estimado maestro salmantino LLAMAS POMBO al decir que “las normas deontológicas van adquiriendo una creciente apariencia jurídica, y los pilares jurídicos en que se asienta la responsabilidad

⁸¹ Conf. GHERSI, Carlos A., “La responsabilidad de los Abogados. El deber de información al cliente y la responsabilidad por daño moral”, en *Las Responsabilidades Profesionales, libro homenaje al Dr. Luis O. Andorno*, Augusto Morello y otros (Coordinadores), Editora Platense S.R.L., La Plata, 1992, pág. 320. OSSORIO resume esta cuestión en su simple mandato -el séptimo de su decálogo- que ordena al abogado poner “la moral por encima de las leyes”, OSSORIO, Ángel, *El alma de la toga*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1997, pág. 8.

⁸² Con similar criterio se ha señalado que “muchas nociones jurídicas tienen origen en el campo ético; dicho de otro modo: algunas nociones éticas, determinados estándares morales, se han ‘juridizado’”, conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Reflexiones sobre las normas deontológicas y la responsabilidad del abogado”, en *Revista de Derecho de Daños, 2005-I, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, pág. 53. La estimada jurista también remarca que algunas formas de inconductas profesionales derivadas de incumplimientos técnicos propios de la profesión son al mismo tiempo fallas éticas y conductas culposas; es decir que algunos Códigos de ética recogen conceptos técnicos; el incumplimiento de estas normas configuraría una “culpa profesional”. Incluso la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha reconocido en varios pronunciamientos la relevancia de las normas éticas en el campo de la responsabilidad civil, tal como se pronunció en los siguientes casos: 29-03-84, “González Oronó de Leguizamón c/Federación de Trabajadores Jaboneros”, publicado en *E.D.*, 108, pág. 515 y *La Ley*, 1984-B, pág. 389; “Armante, Leonor c/Asociación Mutual Transporte Automotor”, publicado en *J.A.*, 1990-II, pág. 125. Ver, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *art. cit.*, pág. 54.

⁸³ También adquiere el precepto moral el carácter jurídico a través de los *usos y costumbres* que, como tales, son fuentes *per se* creadoras de Derecho (costumbres *secundum legem* y *praeter lege*) más allá de su recepción normativa. En este sentido remarcaré que el nuevo Código Civil y Comercial argentino determina en el art. 1, *in fine*, que “Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”. Por cierto, la misma etimología de la palabra “ética” proviene del griego “*ethos*”, que significa *costumbre*.

⁸⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, pág. 707. También señala con acierto la distinguida profesora que “Quizás en ningún otro campo estén tan estrechamente imbricados los principios éticos y los jurídicos; prueba de ello es que las obras dedicadas a la ética del abogado mencionan, entre las formas frecuentes de inconducta profesional, típicas acciones u omisiones productoras de daños tales como: negligencia en la atención de los asuntos; demora injustificada en el trámite de los juicios; ineficiencia en las tareas de patrocinio; demora u omisión de rendir cuentas al cliente; incumplimiento de los deberes de probidad y buena fe; promoción de juicios innecesarios; no esforzarse en lograr la conciliación de las partes en pugna; exagerar los montos de las demandas; realizar trámites inútiles y articular incidentes inconducentes; desviar las cuestiones civiles a la jurisdicción penal con propósito coactivo, etc.”, *art. cit.*, pág. 708.

⁸⁵ TRIGO REPRESAS, Félix A., “Normas legales y principios éticos en el ejercicio de la abogacía”, *cit.*, pág. 315.

⁸⁶ Conf. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, en el Prólogo a la obra de LEGA, Carlo, *Deontología de la profesión de Abogado*, *cit.*, pág. 8.

médica -fundamentalmente de origen jurisprudencial- toman a menudo muy en cuenta consideraciones de procedencia deontológica”⁸⁷.

Remarcamos que la deontología, entendida como *ciencia del deber*, aplicada a las profesiones intelectuales, “designa el conjunto de las reglas y principios que rigen determinadas conductas del profesional de carácter no técnico, ejercidas o vinculadas, de cualquier manera, al ejercicio de la profesión y a la pertenencia al grupo profesional. Su carácter ético se evidencia en mayor grado en las profesiones con trasfondo humanitario, como el arte forense y el arte médico”⁸⁸.

Y ya que estamos en este tema *es digno resaltar la importancia de contar con Códigos deontológicos*⁸⁹ que regulen el comportamiento de los abogados⁹⁰, siempre y cuando tales cuerpos normativos sean un reflejo fiel del *ethos*⁹¹ profesional imperante en el lugar donde pretendan cobrar operatividad.

El *ethos* profesional, propio de cada grupo profesional, consiste “en la cultura profesional de personas que se conducen moralmente, desarrollada en el seno del grupo mismo mediante el cumplimiento de sus obligaciones. Hablar de *ethos* implica un concepto de pertenencia a una determinada profesión entendida como vocación, en el sentido de servicio imprescindible para la comunidad, que persigue el logro de unos valores más que la consecución de un beneficio económico”⁹².

⁸⁷ LLAMAS POMBO, Eugenio, *La Responsabilidad Civil del Médico: aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988, pág. 41. Con criterio parecido ha señalado hace muy poco nuestro estimado amigo Vázquez Ferreyra que en España “se ha dicho que si bien es cierto que se trata de normas deontológicas que generan deberes morales, y a lo sumo sanciones disciplinarias de naturaleza administrativa, la mayor parte de la doctrina utiliza diversos recursos para la integración en el ordenamiento jurídico de los citados deberes morales. ‘Por decirlo de otro modo, se pretende superar su carácter ético-deontológico, en aras de su reconocimiento como normas jurídicas’”, conf. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto Antonio, “Los deberes profesionales y la responsabilidad por incumplimiento”, en *Revista de Derecho de Daños, 2016-3, Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, pág. 48 y cita 5. Luego cita nuestro autor el Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina, para decir sobre el mismo que dicho “código deontológico impone ciertos deberes, cuya inobservancia puede acarrear concretas consecuencias jurídicas”, *art. cit.*, pág. 49. También obra en ese trabajo jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en donde se resolvió que pese a la naturaleza moral de las regulaciones (específicamente referidas a los profesionales de la Medicina haciendo alusión, además, al Código Internacional de Ética Médica), no se ha privado de ciertos efectos jurídicos. El fallo citado es: CSJN, 24-11-89, “Amante, Leonor c/AMTA”, J. A., 1990-II-125. En definitiva, concluye Vázquez Ferreyra, en opinión que compartimos plenamente, que “la violación de alguna norma ética puede dar lugar a la antijuridicidad formal y no meramente material”, *art. cit.*, pág. 47.

⁸⁸ LEGA, Carlo, *ob. cit.*, pág. 23.

⁸⁹ Sin dudas que propiciamos la sanción de Códigos deontológicos que regulen de la forma más adecuada y completa posible el comportamiento que debe el abogado acatar. En este sentido compartimos el parecer de Lega quien refuta las críticas que se opusieron a la codificación (principalmente referidas a que la moral usual es mutable y a los posibles abusos y lagunas que pueden gestarse) y resalta sus virtudes. En definitiva “la norma codificada, al indicar con claridad los parámetros de comportamiento, hace comprender también al interesado que su violación comporta la imposición de sanciones disciplinarias con carácter jurídico. La codificación, por tanto, subraya la eficacia intimidadora del precepto, garantiza su certeza y realiza su publicidad”, conf. LEGA, Carlo, *ob. cit.*, pág. 56. Por cierto que los Códigos deontológicos normalmente estarán “revestidos formalmente” bajo una ley provincial, al menos en Argentina. No cabe duda, desde nuestro enfoque, que la violación de lo allí prescrito será apta para configurar el primer requisito de la responsabilidad civil: la antijuridicidad. Algo semejante sostiene KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, págs. 707 *in fine* y 708.

⁹⁰ Se ha señalado, con todo acierto, que la excelsa función del abogado le impone la sujeción a unos deberes éticos más allá de los impuestos a los demás ciudadanos puesto que “La ética es el valor máspreciado del abogado. Al prestar su juramento, el abogado queda obligado al respeto de unas estrictas normas deontológicas bajo la supervisión del colegio de abogados, al que se confía la garantía del respeto a la dignidad, integridad y lealtad de la profesión, así como el respeto al secreto profesional, al comportamiento leal y a la superación de conflictos de intereses entre él y su cliente, como establece el estatuto de la *Orde Nacional des Avocats de Bélgica*”, conf. MULLERAT BALMAÑA, Ramón M., “Responsabilidad civil del abogado”, en *Revista La Toga, Dossier, Colegio de Abogados de Sevilla*, abril de 2002, pág. 2.

⁹¹ El *ethos* (de donde proviene el vocablo “ética” y que significaba *costumbre*) “hace referencia a un conjunto de actitudes diferenciadoras y entificantes de una determinada cultura, etnia o grupo humano; entre ellas pueden estar las de una específica profesión. Trasladado tal concepto al ámbito puramente profesional, aparece un *ethos*, en orden a la existencia de un conjunto de creencias, intereses y valores que aparecen vigentes y comunicables entre los integrantes de la misma comunidad. Se puede hablar legítimamente en consecuencia de un *ethos* profesional del abogado, del médico, etcétera”, conf. ANDRUET, Armando S. (h), *Ejercicio de la abogacía y deontología del Derecho*, Alveroni Ediciones, Córdoba -Argentina-, 2001, pág. 18.

⁹² LEGA, Carlo, *ob. cit.*, pág. 29.

El *ethos* profesional de la abogacía “se encuentra en ordenar y asegurar que exista una adecuada distribución de lo suyo de cada uno dentro de una sociedad civil”⁹³.

En puridad la sola presencia del *ethos* profesional es suficiente a los fines de regular la conducta de sus integrantes. Pero lo óptimo es contar con la presencia de un Código de ética, el que debiera ser fruto del mencionado *ethos*. Es decir que el *ethos* debe operar como causa formal del Código deontológico⁹⁴, siendo a su vez que tales normas debieran servir al *ethos* profesional como de “retroalimentación”.

Ahora bien, si centramos nuestra atención en la “naturaleza” de la sanción que imponen los Colegios Profesionales a través de sus Tribunales de Disciplina, no cuadra otra interpretación racional que la de reconocerles carácter jurídico. ¿Qué otra “naturaleza” tienen la suspensión de la matrícula, la multa, el apercibimiento y la misma exclusión del ejercicio profesional?⁹⁵ Por estos motivos es que tales pronunciamientos dictados por Tribunales “Disciplinarios” pueden ser apelados ante el órgano judicial y deben respetar la garantía constitucional de la defensa en juicio⁹⁶.

Otro argumento que refuerza nuestro parecer es el siguiente: se está unánimemente de acuerdo en proclamar que *las normas deontológicas integran el contrato de servicios profesionales*⁹⁷. En este sentido se ha dicho que “Todas estas normas corporativas reguladoras del ejercicio de la profesión de la Abogacía que junto con aquellas deontológicas configuran un complejo normativo sectorial, han de entenderse integradas a las relaciones de servicios profesionales del Letrado”⁹⁸.

Asimismo este tema ha sido tratado en diversos Congresos científicos, en los que recomendaron, por ejemplo, el “sometimiento del ejercicio profesional a las normas éticas y

⁹³ ANDRUET, Armando S. (h), *Ejercicio de la abogacía y deontología del Derecho*, cit., pág. 20.

⁹⁴ Es claro que los valores profesionales no se petrifican, sino que avanzan al mismo ritmo que la sociedad, esto así sin desconocer que muchos valores existen desde “siempre” (metafóricamente hablando) y son aplicables, prácticamente, en cualquier ordenamiento. Pues los Códigos deontológicos “pretenden recoger algunas, las más relevantes, aplicaciones específicas de tales valores, pero la deontología profesional va mucho más allá y se sitúa en numerosos casos como base y origen de las concretas formulaciones recogidas en aquellos Códigos”, conf. CARNICER DÍEZ, Carlos “Normas deontológicas”, en *Comentarios al Estatuto General de la Abogacía Española*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pág. 195. Tal autor también resalta que deben ser los propios profesionales quienes marquen los ritmos de la evolución ética de la profesión y de sus consecuencias jurídicas. Además, afirma que es la “función social” de una profesión la que requiere o determina la existencia de unas exigencias deontológicas específicas, tanto para el colectivo como para los individuos, *ob.cit.*, pág. 197.

⁹⁵ En general las sanciones que aplican los Tribunales de Disciplina son las siguientes: advertencia, llamado de atención, censura, multa, suspensión en el ejercicio profesional (el tiempo máximo varía entre los seis meses al año), y la más severa: exclusión de la matrícula (“eliminación” expresaba con elevado sentido punitivo el primer reglamento disciplinario dictado por el Colegio de Abogados de Rosario -Argentina- en el año 1931, en su art. 26, inc. d.).

⁹⁶ En este sentido se ha señalado con acierto que “La sede administrativa donde se dirige la imputación de responsabilidad al profesional por posibles infracciones a reglas técnicas, jurídicas y éticas que dan lugar a la responsabilidad penal, civil, administrativa o ético-disciplinaria, según cada caso, debe observar las garantías del debido proceso, tendientes a garantizar los derechos de defensa y de inocencia que le asisten a todo imputado (se utiliza este concepto en sentido amplio)”, conf. TREJO, Ramón Enrique, “La responsabilidad de los profesionales en el Estado de Derecho”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2016-3, *Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, pág. 10, cita 1.

⁹⁷ Conviene recordar aquí lo que prescribe el Proyecto de Código Civil para la República Argentina del año 1998. En el artículo 1681 se expresa que “Las actividades del profesional liberal están sujetas a las reglas de las obligaciones de hacer. Sus alcances resultan de lo convenido; de lo previsto por el inciso a, del artículo 726, salvo que se haya comprometido cierto resultado concreto; de las disposiciones dictadas en ejercicio del poder de policía; y de las normas éticas que regulan el ejercicio de la profesión”. La cursiva es nuestra, y justamente tiene el sentido de resaltar la importancia de las normas deontológicas, las cuales, como dijimos en el texto, “integran” el contrato de prestación de servicios profesionales, sin importar que se trate de un Proyecto, e independientemente que hablemos de Argentina. Para cualquier ordenamiento tal regla resulta “básica”, al menos según nuestro parecer. Respecto del nuevo Código argentino debe tenerse en consideración el art. 1768, aunque éste ya no mencione a las “normas éticas”. Más adelante se volverá sobre este tema.

⁹⁸ Conf. SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *ob. cit.*, pág. 360. Concluye afirmando la citada autora que tales deberes son “accesorios” y se integran con el deber estricto de la prestación principal, “provocando de este modo una ampliación de ésta, y asegurando una mayor tutela del cliente”. En idéntica línea de pensamiento se enrola VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A, “Los presupuestos de la Responsabilidad Profesional”, en *Las Responsabilidades Profesionales, libro homenaje al Dr. Luis O. Andorno*, cit., pág. 121, cuando afirma que “los contratos que celebran los profesionales con sus clientes se integran no sólo con lo expresamente pactado sino también con el cúmulo de obligaciones y deberes que vienen impuestos por la *lex artis*, los códigos deontológicos y las reglamentaciones del ejercicio de la respectiva profesión”.

jurídicas”⁹⁹. En esta línea también es destacable lo prescripto en el penúltimo intento de codificación unificada en la legislación argentina. Nos referimos al Proyecto de Código Civil para la República Argentina del año 1998, en donde se contempla a las normas “éticas” entre las aplicables a los profesionales liberales al juzgar su posible responsabilidad civil¹⁰⁰.

Tenemos entonces que *las disposiciones normativas morales que consagran deberes “éticos” para los letrados, tienen no pocas veces estatus jurídico*, sea que lo adquieran en forma legal, sea por vía judicial, ya contractualmente -integrando el contrato de servicios profesionales-¹⁰¹, o, en fin, a través del ropaje de los usos y costumbres de los abogados.

Esta interpretación no pretende desconocer que *los bienes jurídicos protegidos por los distintos sistemas y subsistemas normativos son de diversas índoles*. En el orden deontológico se protege ante todo las violaciones que puedan causarle los letrados a la profesión misma, a su dignidad¹⁰². En el ámbito penal se tutela la seguridad de los ciudadanos. Y en la órbita civil la indemnidad personal “patrimonial”¹⁰³. Se puede decir que en éste tenemos una víctima individualizada en forma concreta -damnificado a quien se debe “reparar” el daño sufrido-. En el penal, además, es la comunidad el sujeto pasivo del delito. Por último, se puede afirmar que más que un sujeto pasivo universal, en la responsabilidad deontológica tenemos como potencial víctima tutelada a la “Abogacía”, al ejercicio digno de esta noble profesión.

También existen diferencias en las “armas” o sanciones que utilizan estos distintos sistemas para la protección de su bien tutelado. En el ámbito civil es sabido que la “condena” que se aplica cumple principalmente una función resarcitoria o compensatoria. En el penal, se tiende más a reprimir conductas¹⁰⁴.

⁹⁹ Por todos, en las Primeras Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, realizadas en la Universidad de Lomas de Zamora -Buenos Aires-, en 1988, Comisión Nº 4, recomendación segunda. En este orden de ideas se ha expresado que “El abogado no puede ser ascético, su debida formación ética debiera pesar en sus decisiones; tiene que establecer su propia línea de valores, donde seguramente la prioridad es la defensa de las instituciones democráticas, como herramienta para la sublimación del ser humano y sus derechos fundamentales, como luz de su humilde y simple trabajo cotidiano de abogar”, BARBIER, Eduardo A. y VERGARA, Leandro, “Responsabilidad del abogado”, en *Responsabilidad profesional*, 2, Carlos A. Ghersi (Director), Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 31. Recomendamos esta lectura pues nos pone de manifiesto algunas cuestiones de suma importancia para comprender nuestro estudio, tales como las condiciones del mercado profesional, la formación universitaria del abogado, su actividad profesional, la falta de real información brindada a los clientes con respecto a las aptitudes de los letrados, y el debido control que debieran realizar los Colegios Profesionales a través de los Tribunales de Disciplina, ello amén de lo específico de nuestra tesis: el sistema reparador civil.

¹⁰⁰ En efecto, expresa el art. 1681 del mentado Proyecto que “Las actividades del profesional liberal están sujetas a las reglas de las obligaciones de hacer. Sus alcances resultan de lo convenido; de lo previsto por el inc. a) del artículo 726, salvo que se haya comprometido cierto resultado concreto; de las disposiciones dictadas en ejercicio del poder de policía; y de las normas de ética que regulan el ejercicio de la profesión”. La cursiva nos pertenece. Por cierto que ya hicimos mención a este tema en una nota reciente en la cual también mencionamos al art. 1768 del nuevo Código, norma que será objeto de nuestro estudio *infra*.

¹⁰¹ En esta línea de ideas se ha expresado que “el contenido negocial expreso se integra con los deberes impuestos por las normas de ejercicio profesional y por los códigos deontológicos”, CASTRO DURÁN, Ricardo Manuel, *art. cit.*, pág. 155.

¹⁰² A modo ejemplificativo diremos que se ha sostenido que “para que se configure una infracción ética, no es necesario que la conducta del abogado le ocasione un perjuicio al cliente, sino que sólo se requiere que el profesional haya incumplido con los deberes de idoneidad, actividad y cuidado establecidos en la ley 23.187 y el Código de Ética para el ejercicio de la actividad profesional”, según se determina en la causa, “B., C.A. c/ C.P.A.C.F.”, CNACAF, SALA IV, 26-08-94. Ver también: Congreso Nacional de Ética Profesional, 25 y 26 de marzo de 2004, Conclusión 1era de la Comisión 8.

¹⁰³ Por este motivo es que en la órbita civil es indispensable estar en presencia de un “daño” causado al cliente para que el letrado deba responder del mismo. Ello amén de la presencia de los otros “requisitos” necesarios en tal sede. En este sentido se ha afirmado que “independientemente del reproche ético del Tribunal de Disciplina, no corresponde responsabilizar al abogado por la pérdida de un pleito laboral si en el caso concreto no se acreditaron los elementos necesarios de la responsabilidad civil, en particular, el daño en nexo causal adecuado con la conducta desplegada por el letrado”, conforme lo resolvió la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 07-07-2005, “L., J. A. c/T., J. D.”, *La Ley* 2005-E, 495 y *D. J.* 2005-2, 1243, *R. C. y S.* 2005-IX, 120. Ver también en: PREVOT, Juan Manuel, *Manuales de jurisprudencia. Daños y Perjuicios. Parte especial*, La Ley, Buenos Aires, 2008, nº 1980, pág. 447. Con similar postura: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Reflexiones sobre las normas deontológicas y la responsabilidad del abogado”, *art. cit.*, pág. 55.

¹⁰⁴ Esto tiene un carácter muy general y relativo. No desconocemos, para nada, que en el ámbito civil también la condena cumple cierto rol preventivo y, a veces, punitivo. Además, es conocido que en el terreno criminal la pena cumple otras funciones además de la de reprimir (por ejemplo, reeducar y resocializar al reo, prevenir nuevos delitos, etcétera).

Y sí profundizamos en la sanción, también observaremos que no queda la que dictan los Tribunales de Disciplina en el fuero interno del letrado infractor, atacando su conciencia, sino, mas bien, que tiene todos los matices propios del orden normativo jurídico¹⁰⁵. Incluso parece asemejarse más al modelo represivo que al reparador civil. Ello por el aspecto punitivo, ejemplar y preventivo que poseen las resoluciones de estos Tribunales¹⁰⁶.

Con una tesis parecida LEGA hace varias décadas trató sobre el problema de la juridicidad de las normas deontológicas en el Derecho italiano. Señaló que quienes negaban tal carácter se basan en una observación elemental al constatar que aquéllas no provienen del Estado, sino del ordenamiento profesional. Frente a esta postura el citado autor afirmó, en una posición que compartimos, que si el ordenamiento profesional es una institución en sentido técnico jurídico, reconocida por el Estado, de “ello se deduce que el ente profesional no sólo tiene el poder de enjuiciar y reprimir los comportamientos realizados lesivos a sus fines institucionales, sino también el de sacar a la luz y hacer públicos, previa verificación, los criterios y las normas que presiden tales comportamientos. Bajo este aspecto no se puede negar, no ya sólo la intrínseca juridicidad de tales normas, sino tampoco su juridicidad formal y sustancial según el ordenamiento jurídico general”¹⁰⁷. Respecto de las sanciones que impone el Consejo de Orden (Tribunal de Disciplina) afirma el autor que es claro que derivan consecuencias jurídicas de gran relieve, ya sea en el ámbito estatal, como en el del ente y en el del grupo profesional. En definitiva, concluye -en forma muy parecida a la nuestra- afirmando que “Este complejo cuadro viene a demostrar las recíprocas interrelaciones entre el ordenamiento profesional y el ordenamiento estatal”¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Por cierto, también debemos resaltar el carácter “probatorio” que tiene el antecedente originado en el marco de las actuaciones llevadas ante un Tribunal de Disciplina, a los fines civiles. En este sentido se ha sentenciado que corresponde considerar responsable al abogado demandado por mala praxis profesional, pues quedaron demostrados los presupuestos en que se fundamentó la demanda, en tanto que “de la prueba surge que el Tribunal de Disciplina del colegio profesional lo sancionó argumentando que creó falsas expectativas en su cliente, que la acción prescribió y que el inmovilismo que se advierte en la causa en la cual lo asistió... demuestra que no atendió con celo, saber y dedicación los deberes que se le confiaron”, conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 25-02-2004, “Rabadan de Ulman, Elena M. y otro c/D., V. E., *La Ley* 2004-C, 468, sentencia recopilada por PREVOT, Juan Manuel, *ob. cit.*, pág. 464.

¹⁰⁶ Así es como pensamos aun a pesar de la autorizadísima opinión de BIELSA quien sostuvo que “no siendo nuestros Colegios de abogados instituciones organizadas como el *barreau* francés, por ejemplo, sus sanciones sólo tienen un sentido y un valor puramente moral”. Ver BIELSA, Rafael, *La Abogacía*, (Publicado en “Jurisprudencia Argentina”, sección doctrina, tomos: 44, 45, 46 y 47), ex Libris, Buenos Aires, 1934, pág. 387. En verdad la diferencia radica más por la organización y el carácter que tenían los Colegios Profesionales en la década del 1930 que por razones doctrinarias o de fondo.

¹⁰⁷ LEGA, C., *ob. cit.*, pág. 57. También es oportuno citar aquí la conclusión, referida al Derecho argentino, a la que arriba nuestro estimado amigo y reconocido profesor Alferillo, cuando señala que “las normas dictadas por las jurisdicciones provinciales o nacionales para regular las distintas profesiones tienen la característica de definir, en primer lugar, el control de la matrícula y, en segundo término, el poder de policía respecto de la disciplina de sus integrantes. En este sentido, en los propios textos donde se regula el ejercicio de cada profesión se fijan algunas normas que contienen pautas de cómo debería ser el buen comportamiento del profesional al ejercer su ministerio. Ello es complementado con el dictado de Códigos de Ética, donde se precisan con mayores detalles los comportamientos debidos, las sanciones aplicables a su transgresión, el procedimiento y el tribunal que juzgará la falta. De igual modo, se observa que en algunas actividades profesionales son regladas en forma específica, precisándose en ellas cómo debe ser la *lex artis*. Todo este bagaje de pautas relacionadas con el modelo del buen profesional complementan las directrices contenidas en el Código Civil y Comercial en los artículos 1724 y 1725 y, en conjunto, permiten precisar si determinada conducta que causó un daño al paciente o cliente se encuentra o no dentro del parámetro de los deberes que debía cumplir el prestador de servicio en el caso bajo juzgamiento. Sin duda, las normas que regulan las profesiones constituyen un valioso aporte a la hora de ponderar la conducta debida por los expertos de cada disciplina científica y ello debe ser tenido en cuenta en el momento de la carga probatoria del factor de atribución en especial cuando se invoca la culpa del profesional en la producción del daño, dado que las reglamentaciones fijan el parámetro que debe ser tenido en cuenta para definir la negligencia, imprudencia o impericia del profesional en el ejercicio de su destreza técnico-científica para cuya práctica se encuentra autorizado”, conf. ALFERILLO, Pascual Eduardo, “La responsabilidad profesional y las normas que regulan las profesiones”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2016-3, *Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, págs. 185 y 186.

¹⁰⁸ Agrega que esta vinculación se manifiesta bajo dos aspectos principales: el primero, por la función que desempeña la remisión realizada por el legislador a criterios, conceptos y principios de la deontología, que juegan un papel integrador y auxiliar con relación a la ley. En segundo lugar, por el régimen de sanciones, el cual asume relevancia jurídica gracias al ordenamiento estatal, si bien son impuestas por el ente profesional discrecionalmente y en base a criterios extrajurídicos. “De hecho se explicitan los efectos jurídicos de algunas de ellas, como la suspensión en el ejercicio de la profesión o la expulsión. Estas disposiciones inciden en el ejercicio de un derecho garantizado constitucionalmente (el derecho a desempeñar la propia actividad profesional: art. 4º de la Constitución). He aquí, pues, normas y disposiciones de naturaleza metajurídica que producen efectos jurídicamente relevantes”, *ob. cit.*, pág. 64. Nótese la afinidad de criterios que nos identifican con el jurista italiano. Es claro que ni cuestiones espaciales ni temporales tienen verdadera influencia en este

Por otro lado, recordaremos numerosas sentencias del Tribunal Supremo español en las cuales se responsabilizó a los profesionales del Derecho por faltar al deber de fidelidad, no brindar adecuada información y consejo, no custodiar adecuadamente y devolver los documentos del cliente, o por vulnerar esa confianza especial que depositaron en un profesional. Todas estas transgresiones caminan por un *sendero único*, moral o ético y jurídico a la vez. Es decir que pueden tener consecuencias disciplinarias, amén de civiles -acreditados que sean los demás requisitos responsabilizantes-.

De hecho ha expresado el Tribunal Supremo que determinadas normas de deontología profesional contenidas en el Código de Deontología de la Comunidad Europea, e incluso en el E.G.A., (normativa ésta que no puede fundamentar el recurso de casación, sin embargo) “se pueden considerar como criterios de diligencia profesional, que han de cumplir los letrados, para que no pueda imputar su actuación como negligente, a los efectos de poder exigir esa responsabilidad”¹⁰⁹.

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha sentenciado que la responsabilidad de los profesionales liberales se sustenta en exigencias éticas y deontológicas que trasponen la barrera del contrato y del acto ilícito¹¹⁰.

Con todo lo que llevamos dicho no podemos sino concluir que *una infracción a los “supuestos” deberes morales es apta para generar responsabilidad civil profesional, si a tal “ilicitud” le sumamos las notas restantes para tener por configurado el sistema de responsabilidad civil.*

Es decir que la inobservancia a las normas deontológicas constituirá una violación al ordenamiento jurídico, entiendo éste en su acepción amplia.

Incluso hay quienes señalan que tal proceder “abogadil”¹¹¹ puede llegar a servir para configurar el segundo requisito de la responsabilidad civil, “en la medida en que el desajuste de la conducta con relación a esas normas éticas servirá para apreciar la existencia de

tema. Prácticamente llegamos a la misma conclusión en cuanto a la relación entre el orden normativo deontológico con el jurídico y, por supuesto, en afirmar el claro carácter jurídico que tienen las sanciones disciplinarias. De allí a asimilar los conceptos de *deber con obligación* sólo resta dar un paso, paso que nosotros -bien o mal- lo damos en esta tesis.

¹⁰⁹ STS (Sala Primera) del 7 de febrero de 2000 (RJ 2000, 283). Esta sentencia tiene gran valor jurídico, aunque no compartamos muchas de sus afirmaciones. En ella se hace referencia al contrato que une al profesional del Derecho con su cliente, siendo tal el contrato de prestación de servicios profesionales. También se recalca que la prestación (obligación) del letrado es de “medios” y no de resultado, lo que implica que el profesional debe aportar los medios para conseguir el resultado apetecido y que éstos se hayan efectuado con arreglo a la *lex artis*, aunque el resultado final no se haya conseguido. Debemos aclarar que en este caso no se condena civilmente al abogado puesto que no se probó su conducta culpable, y esta culpa no se presume (“el letrado ha prestado los servicios contratados de asistencia letrada... aunque no se haya conseguido la finalidad pretendida”, sostiene el Tribunal en el F. D. 3º). A lo largo de esta tesis trataremos estos y otros temas de interés.

¹¹⁰ En efecto, en la causa “Amante, Leonor y otros c/Asociación Mutual Transporte Automotor y otro” (Fallos: 312:1953, 24-10-89; J.A., 1990-II-125), determinó que “Una vez alertados los profesionales de la salud sobre la urgencia del caso, peso sobre éstos el deber jurídico de obrar, no solamente en función de la obligación de actuar con prudencia y pleno conocimiento impuesto por las normas del Código Civil, sino como consecuencia de la exigibilidad jurídica del deber de asistencia al enfermo que prescriben las normas contenidas en el Código Internacional de Ética Médica, el Código de Ética de la Confederación Médica Argentina y la Declaración de Ginebra”. Citan tal fallo: VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto Antonio, “Los deberes profesionales y la responsabilidad por incumplimiento”, en *Revista de Derecho de Daños, 2016-3, Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, págs. 46 y 47; y HERNÁNDEZ, Carlos A., “Régimen de la responsabilidad civil de los profesionales liberales (Antijuridicidad, factores de atribución, prueba y eximentes)”, en *Revista de Derecho de Daños, 2016-3, Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, pág. 132. Explica Vázquez Ferreyra que el “caso se trató de un mecánico que estando en su lugar de trabajo sufrió una descompensación cardiológica. Sus compañeros lo trasladaron en un vehículo particular a un centro médico de su gremio. Obvio que todos estaban vestidos con su ropa de trabajo, y no poseían ninguna documentación. El paciente no fue atendido y finalmente falleció. En la defensa se argumentó que las normas internas impiden atender a un afiliado si no presenta su carnet identificatorio. La respuesta de los tribunales fue contundente. Por encima de cualquier norma de carácter administrativo o interno prevalece el deber del médico de priorizar la atención de los pacientes y el respeto del derecho a la vida”, *art. cit.*, pág. 47.

¹¹¹ Cuando la conducta del profesional del Derecho es sumamente censurable recurrimos al uso de este adjetivo que tiene una connotación despectiva. Sepan comprender las razones de fondo de este giro idiomático.

culpabilidad del autor”¹¹². Ya tendremos oportunidad de estudiar todo lo relacionado con la culpa “del” profesional. Ahora tratamos sólo el primer requisito, si se quiere, de la responsabilidad civil: la antijuridicidad. Antijuridicidad, cabe aclarar, hoy presumida en el nuevo Código Civil y Comercial argentino, cuando se está en presencia de un daño, si tal acción u omisión dañosa no está justificada¹¹³.

Por cierto que la antijuridicidad civil en su acepción amplia es entendida como la contradicción de una conducta con el ordenamiento jurídico, concebido éste en su más laxa acepción, *in totum*, que comprende, por ende, tanto las normas jurídicas positivas, cuanto las derivadas de la moral y las buenas costumbres, así como los principios generales del Derecho.

Por todas esas razones es que *utilizamos en la presente tesis como sinónimos las acepciones “deberes” y “obligaciones”*¹¹⁴, ello amén de resultar quizás criticable¹¹⁵.

Ya centrándonos específicamente en el ámbito jurídico, tenemos una muy importante relación y dependencia del sistema civil al penal. Como regla, sin embargo, cada uno camina por separado por su propia senda.

Por supuesto que el abogado en el ejercicio de su profesión puede incurrir en delitos que sean castigados por las leyes criminales. Tales conductas reprochables deberán ser tipificadas en forma concreta y previa para poder imputárselas a sus autores¹¹⁶.

También puede acontecer que un mismo hecho sea a la vez un delito penal y cause un daño a un particular. Es más, *tanto desde el punto de vista teórico, cuanto práctico, se*

¹¹² Ver: VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto Antonio, “Los deberes profesionales y la responsabilidad por incumplimiento”, *art. cit.*, págs. 49; dicho jurista resalta que “El incumplimiento de los deberes profesionales en la medida que estén presentes los restantes presupuestos de la responsabilidad civil generan la obligación de indemnizar el daño que se ha ocasionado”, *art. cit.*, pág. 65. Ver, también, STIGLITZ, Rubén S., “Seguro contra la responsabilidad civil profesional” en *Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, pág. 98. No obstante que este último autor reconoce el carácter de “fuente” de Derecho a los preceptos morales, advierte que “la relevancia jurídica que se asigna a las normas deontológicas no las constituye en normas jurídicas. En consecuencia, no cabe aconsejar la juridización generalizada de las normas éticas, porque en cuanto entren en conflicto con las normas legales, prevalecerán sin duda estas últimas”, *art. cit.*, pág. 98. Estimamos que si bien su parecer es acertado formalmente, nos cuesta imaginar la colisión o conflicto de estos dos órdenes normativos. Mas bien el Derecho, en tanto que ciencia normativa y “moral”, debiera de seguir sus principios e inspirarse en la ética; ello amén de la juridización de vastos sectores deontológicos y del valor de los usos y costumbres de los profesionales. Insistimos: nos cuesta imaginar un “precepto jurídico inmoral”, a no ser que tal vez haya caído en desuso en su propio campo. Ver también COMPIANI, María Fabiana y STIGLITZ, Rubén S., “De algunas responsabilidades profesionales y su cobertura asegurativa”, publicado en *RCyS*, 2007, págs. 205 y s.s.

¹¹³ En efecto, señala el art. 1717 que “Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”. Al respecto se dijo que “se adopta un criterio de antijuridicidad material, estableciéndose que dicho supuesto resulta presunto *iuris tantum* ante la mera producción de un daño no justificado (art. 1717)”, conf. Conf. BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, “La responsabilidad del abogado frente al cliente en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho de Daños, 2016-3, Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, pág. 203. Claro está que a renglón seguido, en el art. 1718, el nuevo Código argentino regula las causales de justificación, aquellas que borran la ilicitud de la acción, a saber: legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho.

¹¹⁴ En general la doctrina especialista habla tanto de “obligaciones”, cuanto de “deberes”, como conceptos idénticos, como sinónimos. Ver, por todos, la conclusión de Vázquez Ferreyra quien señaló hace muy poco tiempo que “El incumplimiento de los deberes u obligaciones profesionales implica la presencia de antijuridicidad por incumplimiento en la medida que sea causa adecuada de un daño y esté presente un factor de atribución, da lugar a la obligación indemnizatoria”, conf. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto Antonio, “Los deberes profesionales y la responsabilidad por incumplimiento”, *cit.*, págs. 66.

¹¹⁵ Será fácil para algún autor argüir que el *deber* implica o tiene en consideración a un sujeto indeterminado; mientras que la *ob-ligatio* está nutrida siempre de un acreedor (crédito) y un deudor (deuda) determinados, los cuales forman un círculo cerrado. Dicho deudor debe cumplir la prestación convenida. Pero por todas las razones que exponemos en el texto creemos que al menos en este campo en especial esta diferencia técnica no es aplicable. De hecho, la eventual contravención del letrado será siempre frente a “deberes” típicos que forman la denominada *lex artis forense*. Además, centramos nuestra atención en eventuales violaciones del profesional frente a su cliente (por ello pregonamos la aplicación “siempre” del régimen contractual o de los principios contractuales) sin importar si se tratan de preceptos éticos, legales o contractuales. Lo determinante, desde nuestro enfoque, es averiguar si se presentan todos los demás requisitos responsabilizantes -vg. el daño, la relación de causalidad, etc.-. En pocas palabras, la inobservancia de “deberes éticos o morales” es suficiente para configurar la tan atacada y olvidada “antijuridicidad” de la acción.

¹¹⁶ En este régimen reinan principios como los de *nullum crimen nulla poena sine praevia lege; in dubio pro reo; non bis in idem*, etcétera. La tipicidad adquiere aquí su máxima expresión.

podrían vulnerar los tres sistemas normativos -el civil, el penal y el disciplinario- con una misma acción. Ello sucede cuando, por ejemplo, se viola el secreto profesional y de esa forma se irroga perjuicios al cliente. Claro, si tal violación fue tipificada como delito criminal¹¹⁷.

Ahora bien, tanto en Argentina cuanto en España, la reparación civil puede hacerla el juez civil o su par penal. En el país latinoamericano existe una facultad en favor de la víctima para elegir el fuero represivo, o el civil, para acceder a su indemnización¹¹⁸. En cambio, en el europeo hay una norma de remisión expresa al ámbito penal si se ha cometido un *delito o falta* -castigada en aquél terreno- para que sea juzgado por los jueces criminales. Tal preceptiva ha sido objeto de innumerables críticas. Pero allí está, vigente aún¹¹⁹.

Más particular se vuelve la cuestión si advertimos que el Código Penal de España contiene una regulación distinta al Código Civil, en lo referido a los efectos indemnizatorios. Pero estas cuestiones -por demás interesantes- fueron muy estudiadas por la doctrina y no hacen a la finalidad buscada en esta tesis. Remitimos, pues, a los especialistas en la materia y sigamos con lo nuestro.

4) Delimitación de nuestro estudio. Sistema de responsabilidad civil del letrado.

Ya dentro de la esfera civil, el abogado en su ejercicio profesional puede incurrir en infracciones a su *lex artis* que serán juzgadas a la luz de los principios contractuales o extracontractuales, órbitas de responsabilidad que el nuevo Código Civil y Comercial argentino tiende a borrar sus diferencias (aunque no lo logra del todo), al pretender unificar a la responsabilidad, sea que la misma surja de la violación del deber de no dañar a otro, sea que nazca del incumplimiento de una obligación (contractual), conforme lo dispone el art. 1716, norma que da inicio a la sección destinada a la función resarcitoria de la responsabilidad civil.

Ahora bien, debemos aclarar que la órbita contractual comprende situaciones en las cuales no hay estrictamente un contrato (por ejemplo, los denominados *quasi ex contractu* o *ex quasi contractu*, los casos de responsabilidad pre y postcontractual, etcétera). De esta manera su ámbito de aplicación se extiende en forma considerable, siendo ello válido en aquellos sistemas que aún mantienen diferenciados ambos regímenes responsabilizantes. Lo que no debe hacer el juzgador es aplicar principios de uno u otro régimen a su antojo, haciendo un cóctel contractual-extracontractual. Hay disposiciones que fueron proyectadas para su aplicación específica al régimen en el que se encuentran. Fuera de éste carecen de sentido y finalidad¹²⁰.

Lógicamente las obligaciones profesionales del abogado son múltiples, como también son diversos sus acreedores.

¹¹⁷ Con este mismo parecer se aseveró que “El deber de guardar secreto se traducirá, de ordinario, en responsabilidad disciplinaria, pero también puede tenerla civil si dio lugar a la causación de daños y perjuicios o, incluso, penal si constituye un delito de revelación de secretos tipificado en el artículo 199 del Código Penal”, ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, “La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores”, en *La responsabilidad civil profesional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pág. 36.

¹¹⁸ Además, la víctima puede acogerse a las reglas de la responsabilidad contractual o extracontractual a su elección, si el incumplimiento contractual ha degenerado en delito del derecho criminal. Ello se denomina “opción restringida”, y surge del artículo 1107 del Código Civil de Vélez, según entendió la doctrina mayoritaria en dicho país. Por nuestra parte no estamos conforme con tal interpretación como lo mencionamos en numerosas ocasiones y en especial en nuestra *Visión crítica a las cuestiones centrales de la Responsabilidad Civil*, El Graduado, Tucumán, 2001, págs. 69 y s.s. Por supuesto que debemos recordar que tal Código ya fue derogado y en su lugar el nuevo ordenamiento Civil y Comercial tiende a unificar los regímenes responsabilizantes, dejando algunas “secuelas” aún vigentes.

¹¹⁹ Nos referimos al art. 1092 que reza de esta forma “Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código penal”. Reiteramos que tal norma fue, es y será, por demás criticada.

¹²⁰ Como ya lo señalamos en otro estudio, puede válidamente ejemplificarse con las reglas de dimanar del artículo 1107 del Código Civil español. Tal norma fue ideada para el régimen contractual. Pretender aplicarla a otra situación -extracontractual- carece de justificación, la desnaturaliza. Ver el artículo de nuestra autoría titulado “Algunas consideraciones sobre la causalidad en la responsabilidad civil: el artículo 1107 del Código Civil español”, en el *Suplemento Jurídico del diario “El Siglo”*, Tucumán -Argentina-, días 11 y 18 de noviembre de 2003. Por cierto, el art. 1728 del nuevo Código Civil y Comercial argentino tiene como “modelo” (entre otros antecedentes) a tal norma del Código Civil español, tema que abordaremos *infra*.

Además es evidente que el letrado puede incurrir en responsabilidad extracontractual frente a terceros -verbigracia: el cliente de la otra parte o la misma contraparte-¹²¹.

La responsabilidad disciplinaria, en otro sentido, no es ni contractual ni extracontractual¹²². Se puede decir que es “legal”¹²³, pero no tiene sentido encasillarla en algún subsistema pues no se la valorará al son de sus reglas.

El tema que a nosotros nos interesa es la *responsabilidad del abogado frente a su cliente*. Sobre ello indagaremos en los capítulos siguientes -vg. culpa del profesional y daño que genera el mismo-.

Y ya de cara en la relación con su cliente el letrado incurre en responsabilidad contractual cuando no observa los deberes que le son propios, independientemente del contrato -tipo o no tipo- que haya dado origen al vínculo.

Existen autores -la gran mayoría- que afirman que el abogado puede incurrir en situaciones que quedarán subsumidas en el régimen extracontractual¹²⁴. Si bien tales hipótesis -para esa teoría- serían excepcionales, nosotros creemos que no existen. No, por lo menos, en la relación profesional-cliente.

En efecto, la responsabilidad civil del profesional del Derecho frente a su cliente es “siempre” contractual, pues más allá de existir o no tal vínculo jurídico (podemos estar en la etapa de tratativas previas), las obligaciones del letrado son siempre específicas y los sujetos están determinados -tanto el activo cuanto el pasivo-, situación que nos aleja, sobremanera, de aquella en la que únicamente se transgrede el genérico principio *alterum non laedere* o *neminem laedere*. Lógicamente hoy la situación en Argentina no tiene la importancia que tenía bajo el imperio del Código Civil de Vélez, aunque también aclaramos que el nuevo Código, si bien intenta unificar las órbitas de responsabilidad, aún mantiene algunas normas diferentes (vg. la regla de la previsibilidad contractual, conf. al art. 1728 del nuevo Código Civil y Comercial). Aunque en España tal cuestión tiene suma importancia, pues son numerosas las distinciones entre uno y otro régimen, camino por el cual también transitó la

¹²¹ Con criterio similar se ha expresado que la naturaleza de la responsabilidad civil del abogado dependerá de quién sea la víctima que sufre el daño. En principio (para nosotros “siempre”) respecto del cliente se tratará de una responsabilidad contractual (art. 1101 y s.s. Cód. Civil español) cualquiera sea la naturaleza de la relación contractual entablada entre el profesional del Derecho y el cliente. En cambio, sostiene la autora que citamos, frente a terceros, al no mediar relación profesional alguna, la responsabilidad del letrado se desenvolverá en el plano extracontractual (art. 1902 Cód. Civil español). Conf. CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil*, Thomson Civitas (Editorial Aranzadi S.A.), Navarra, 2005, págs. 67 y 68. Puede notarse el parentesco de lo predicado por dicha jurista con la doctrina defendida por nuestra parte, si bien es posible encontrar distinto sustento entre ambas. Para nosotros la responsabilidad es contractual -frente al cliente, claro- porque se estarían transgrediendo obligaciones específicas con sujetos -tanto el deudor, cuanto el acreedor- bien diferenciados de antemano, con independencia del tipo contractual específico de que se trate (si no se reconoce el “contrato de servicios profesionales” en particular), y más aún, ante la ausencia del mismo (vg. responsabilidad precontractual).

¹²² Se podrá pensar que dentro de estas dos categorías “omnicomprensivas”, nada queda afuera. Pero lo que queremos significar con nuestra aserción es que no sirve de nada etiquetar la responsabilidad disciplinaria, pues no se rige por principios civiles.

¹²³ Ello si tenemos presente que se aplicará, por regla, un Código deontológico que normalmente fue aprobado por alguna “ley”, formalmente hablando. Claro que esto también tiene su réplica, pues en algunos lugares se carece de dicho cuerpo normativo -Código-, o el mismo no fue aprobado por ninguna ley “estatal”, sino simplemente por las autoridades colegiales respectivas.

¹²⁴ Por todos, LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, págs. 544 y 545, quien señala que normalmente la responsabilidad del letrado es contractual, pero también asevera que existen casos en los cuales puede ser extracontractual, como cuando el abogado es nombrado de oficio, o debe defender a un declarado pobre. Por supuesto que también es extracontractual la responsabilidad civil en la que incurre el abogado frente a un tercero -en especial la contraparte-, o frente a un colega. Estas últimas afirmaciones son compartidas por nosotros, no así las primeras, como lo reflejamos en el texto y con más profundidad en la segunda parte de esta tesis. Igual postura defiende, bajo la óptica del nuevo Código argentino, Boragina y Meza en tanto afirman que “En principio la responsabilidad será *contractual*, aunque, a nuestro modo de ver, se mantienen los supuestos excepcionales de responsabilidad *aquiliana* antes señalados (por caso, en los nombramientos “de oficio” o de patrocinio gratuito). La distinción mantiene importancia ante el incumplimiento doloso en el ámbito contractual, dada la distinta extensión de la reparación (art. 1728, CCyC)”, conf. BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, “La responsabilidad del abogado frente al cliente en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2016-3, *Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, págs. 208. *Infra* analizaremos más profundamente esta cuestión.

Propuesta de Reforma realizada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil al no unificar los ámbitos de la responsabilidad civil.

Sentadas estas premisas de trabajo y que ya implican una toma de posición, exclamamos que nuestra metodología de estudio, como adelantáramos, pasará por valernos de la gran ayuda que nos proporciona el método analógico -ello, además de recurrir a las fuentes “directas” clásicas, vg. ley, doctrina y jurisprudencia sobre mala praxis *forense*-.

Ya habíamos anunciado que las profesiones como la abogacía y la medicina caminan a la par, nacieron hermanas.

Sin embargo, existe una megaliteratura en todo el mundo occidental, por lo menos, que estudia y analiza la imputación por mala praxis médica sindicando como responsable al tan otrora respetado médico¹²⁵.

No sucede lo mismo con los profesionales del Derecho. Sucede lo contrario, diríamos. Por ello nos serviremos en gran medida de ese batallón literario que se ha escrito con un análisis científico agudísimo acerca de la responsabilidad civil en que pueden incurrir los profesionales de la Salud.

Por último, queremos dejar sentado en este lugar que nosotros participamos de la opinión que considera a la responsabilidad civil como un “sistema”¹²⁶. En verdad no son pocos, hoy, los autores que hablan del sistema de la responsabilidad civil. Además, no somos partidarios en llamar a nuestra disciplina como “Derecho de Daños”¹²⁷. Muchos son los motivos que nos hacen repudiar tal expresión.

Entonces, pensamos que en la responsabilidad civil no constatamos la existencia de requisitos *aislados*, sino que contamos con todo un sistema que está nutrido de *extremos* o

¹²⁵ De hecho, en la actualidad se está hablando de la autonomía del “Derecho médico”. En este sentido, en Argentina, es importantísimo tener en consideración, además de las normas generales que se encuentran en el novel Código Civil y Comercial, la ley 26.529 (promulgada el 19-11-2009), modificada por ley 26.742 (publicada en el Boletín Oficial el 24-5-2012). Dicha ley trata sobre los “derechos de los pacientes” y contiene un catálogo de deberes de los profesionales de la Salud (vg. consentimiento informado, historia clínica, etc.). Ver, VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto Antonio, “Los deberes profesionales y la responsabilidad por incumplimiento”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2016-3, art. cit., págs. 45 y s.s.

¹²⁶ Entendemos por sistema a un “conjunto de reglas o principios sobre la materia, racionalmente enlazados entre sí”, tal como se define en su primera acepción en el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, en su vigésima segunda edición. En ese aspecto, el nuevo Código Civil y Comercial argentino, si bien pretende encarar normativamente a la responsabilidad civil como si se tratase de un sistema, desde nuestro enfoque no llega a configurar tal. Para ello se debiera de haber estructurado la misma teniendo en consideración sus extremos (la acción, la norma jurídica, el responsable y el damnificado) siempre relacionados con su núcleo (el daño); al menos si enfocamos su aspecto reparador, compensador o resarcitorio (que constituye su clásica función). No obstante ello, hay que reconocer que se brinda cierto orden al regular los presupuestos o elementos de la responsabilidad civil. En efecto, se parte de la *antijuridicidad* (la cual se presume) desde el art. 1717 y s.s. Luego se regula lo atinente a los *factores de atribución* (tanto los subjetivos, cuanto los objetivos) -arts. 1721 y s.s.-; para después encarar el tema de la *relación causal* -arts. 1726 y s.s.-; y finalmente el *daño* por el que se debe responder -arts. 1737 y s.s.-. En las Secciones siguientes se regula la responsabilidad directa; por el hecho de terceros; la que deriva de la intervención de cosas y de ciertas actividades; la responsabilidad colectiva y anónima; supuestos especiales de responsabilidad; ejercicio de las acciones de responsabilidad; y la relación entre la acción civil con la penal.

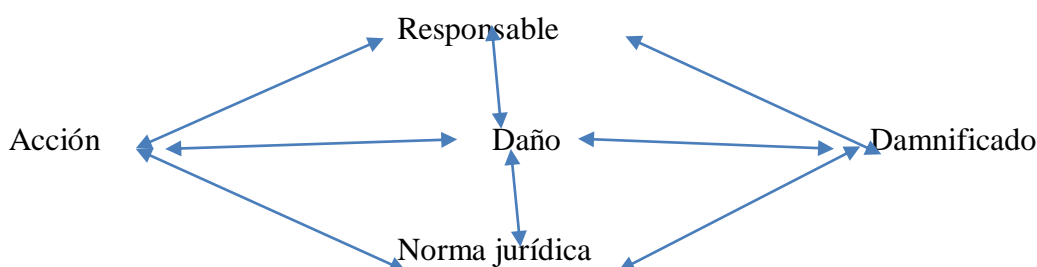
¹²⁷ Nótese que salvo honrosa excepción no se habla en nuestra materia -aún- de “Daño Profesional”, sino de “Responsabilidad Civil Profesional”. Ello es correcto pues debe darse a tal cuestión el enfoque genérico que implica el ciclo y no centrar su estudio en tan sólo uno de sus extremos: el daño. Aquí todavía impera el criterio clásico que se vislumbra a primera vista con el uso del vocablo “responsabilidad” en vez de utilizar la expresión “Derecho de Daños”. Es casi imposible disimular el parentesco directo que existe entre esa diferenciación con la otra dualidad típica que separa a los civilistas, a saber: objetivistas *versus* subjetivistas (o sea aquéllos que aún ven, o no, en la culpa, el centro básico de imputación jurídica). Ya en nuestro campo especial, por cierto que tampoco se habla -al menos no en forma directa y salvo alguna excepción- de mala praxis del abogado, a diferencia de lo que le ocurre a nuestro par médico. Ver, de nuestra autoría, “La anticuada responsabilidad civil *versus* el modernísimo Derecho de Daños: verdades y apariencias”, publicado en la *Revista del Colegio de Abogados de Tucumán*, año 7, N° 31 de diciembre 2002 y enero de 2003, Tucumán, pág. 43 y en el Suplemento Jurídico del diario *El Siglo*, Tucumán, días 3 y 10 de diciembre de 2002 y “Algunas consideraciones sobre la llamada ‘responsabilidad’ sin culpa”, en *Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927–1937–1961–1969)*, Tomo III, *Derecho de Daños*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba -Argentina-, 2009, págs. 1511 y s.s. También puede verse el trabajo de MOISÁ, Benjamín, “El enigma del artículo 1113”, en *Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927–1937–1961–1969)*, Tomo III, *Derecho de Daños*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba -Argentina-, 2009, págs. 1547 y s.s.

"

puntos de conexión que se están constantemente vinculando creando las *relaciones* que la doctrina ha pasado a llamarles “presupuestos”.

Entre los puntos de conexión tenemos: la *acción*, la *norma*, el *damnificado* y el *responsable*. El centro del sistema -su eje o corazón- lo ocupa el *daño*. Todos estos extremos se conectan y de sus vinculaciones surgen relaciones como las de la antijuridicidad, imputabilidad, relación de causalidad, etcétera.

En definitiva, el esquema general de la responsabilidad civil tomada como si se tratase de un “sistema” debería reflejarse en un gráfico¹²⁸ como el que presentamos más abajo, a saber:



Sólo queremos significar que para que nazca el crédito indemnizatorio del cliente, víctima de una mala praxis profesional de su abogado, deben darse sumados todos los elementos -tanto los extremos cuanto sus vinculaciones- necesarios para completar el *círculo responsabilizatorio*¹²⁹. Es decir que sólo una vez cerrado íntegramente el sistema de responsabilidad civil, llegaremos, por fin, a un *responsable* -alguien que debe brindar una “respuesta” patrimonial-¹³⁰.

Con estas premisas creemos que ya estamos en condiciones de tratar los temas que siguen, cuestiones que se vincularán, como lo adelantáramos, con la imputabilidad profesional (abogado, en nuestro caso), la relación de causalidad y los daños por los que debe responder un letrado imperito.

5) Conclusiones de este capítulo.

- 1) Además del rol “parcial” del abogado al asesorar, representar, patrocinar, aconsejar o defender a una persona determinada, no debe perderse de vista que también es, al

¹²⁸ Dicho esquema es presentado trece veces por nuestro padre. La primera vez que lo hace aclara previamente que “Esos cuatro puntos exteriores y el central quedan relacionados recíprocamente estableciéndose ocho relaciones (cuatro internas o principales y cuatro externas o afines)... conformándose *in totum el único presupuesto del deber de resarcir*”, conf. PADILLA, René A., *Sistema de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 28. La cursiva es nuestra. Ver, en este sentido y con un análisis general de la nueva normativa, PADILLA, Rodrigo, *Curso de Responsabilidad civil: Teoría general, presupuestos, conferencias, jurisprudencia y nuevo Código Civil y Comercial*, UNSTA, 2014, págs. 17 y s.s.

¹²⁹ En forma algo general se ha sostenido que “La responsabilidad patrimonial del letrado que genera el consiguiente deber jurídico de recomponer al cliente en su patrimonio ‘ex post ante’, con respecto al daño que su mal desempeño le pudo ocasionar -en el caso, no había presentado la prueba que demostraba la relación laboral de la actora en un juicio laboral, situación que produjo el rechazo de la demanda- se configura a partir de cuatro elementos esenciales que son la antijuridicidad, el factor de atribución, el menoscabo o daño sufrido y la necesaria y adecuada relación de causalidad que enlace la calificada conducta con la imputable pérdida de la oportunidad o expectativa, tomada esta última como chance malograda”, pronunciamiento emanado de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, 29-03-2001, “F., R. M. c/G., de la C., O. J.”, *La Ley* 2001-E, 144 y *D. J.* 2001-2, 1187. Ver también en: PREVOT, Juan Manuel, *ob. cit.*, pág. 447. Justamente en esta tesis veremos con detalles estos denominados “presupuestos” de la responsabilidad civil, los que no son sino relaciones entre los distintos términos o extremos, tal como explicamos en el texto.

¹³⁰ Por cierto que el origen del término “responsabilidad civil” es de data relativamente reciente, tal como enseñaban los hermanos Mazeaud. En efecto, no se encuentra en la obra de Domat y apenas excepcionalmente Pothier la emplea. La expresión fue tomada de Inglaterra por los filósofos del siglo XVIII y se halla en Necker. Además, no la usan con frecuencia los redactores del Código napoleónico y suelen emplear, al tratar los contratos, la expresión sinónima de “garantía”, conf. MAZEAUD, Henri y Léon – TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. Iero, vol. 1, traducción de la 5ª edición por Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, n° 2, pág. 1.

"
mismo tiempo, un “auxiliar” de la Justicia y que esta función social al servicio del derecho de la Justicia es fundamental para consolidar el Estado de Derecho.

- 2) El abogado en su ejercicio profesional puede incurrir en responsabilidad de tipo civil, penal y disciplinaria, entre otras posibles. Remarcamos, además, que el orden moral y el jurídico se relacionan e influyen recíprocamente, hasta tal punto que la transgresión a un precepto que integra la denominada “ética profesional” puede generar responsabilidad de naturaleza civil, si se constata la presencia de los demás requisitos responsabilizantes. Es decir que configura el presupuesto llamado comúnmente como “antijuridicidad”, hoy presumida en el nuevo Código Civil y Comercial argentino a partir de la presencia del daño si no está justificado (conf. art. 1717 CCC).

Capítulo II

La imputabilidad profesional. Primera parte.

- 1) La imputabilidad como presupuesto responsabilizante. El ciclo responsabilizatorio y la necesidad de su configuración en cualquier orden.**

Habíamos dejado aclarado que debemos mirar a la responsabilidad civil como un ciclo, un circuito o sistema, en el cual sus “elementos” están íntimamente relacionándose en busca de una finalidad jurídica determinada. El sentido teleológico, sin dudas, lo constituye el hecho de constatar la existencia, o no, de un sujeto responsable. De tal forma, por medio de la responsabilidad -que es la contrapartida de la libertad- se estaría restableciendo el conculcado orden jurídico.

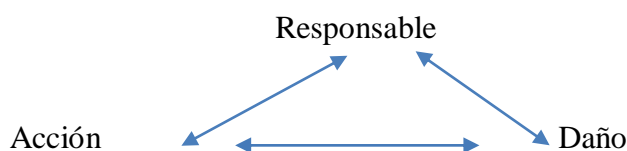
En esta búsqueda el “daño” juega un papel central pues es una figura polifacética que se vincula con todos los demás “extremos” responsabilizantes. Tal aserto es afirmado en la actualidad casi en forma unánime. Por ello se dice, por ejemplo, que el daño es el centro, corazón o eje de la responsabilidad civil. Si bien por nuestra parte no cuestionamos directamente tal premisa, sí dejamos aclarado que para nosotros la imputabilidad no tiene un rol de menor importancia que el asignado al “daño”.

Cumple remarcar, por otra parte, que en nuestra visión la imputabilidad abarca a las siguientes relaciones: la atribuibilidad y los factores o criterios de atribución, además de aquella que se denomina en la doctrina tradicional como “relación de causalidad”.

Sobre el concepto de imputabilidad, el que más nos convenció por resaltar su carácter relacional, es aquel que expone PADILLA -nuestro padre y primer maestro-. La define diciendo que es el “*procedimiento legal de atribución del daño a quien por eso mismo se llamará responsable*”¹³¹. Por ello y teniendo presente que no es lo mismo ser “imputado” que ser “responsable”, puesto que la acción puede pertenecer a un sujeto y la responsabilidad a otro (esto es claro en la responsabilidad civil -indirecta-), es que se torna necesario dividir a la imputabilidad en atribuibilidad y en factores de atribución.

Según lo llevamos dicho, e intentaremos demostrarlo, no se deben estudiar o analizar a cada uno de los “presupuestos” en forma aislada, pues todos se relacionan entre sí, formando en definitiva un conjunto o sistema responsabilizador. Estas vinculaciones surgen patentes en materia de imputabilidad, porque la misma constituye un “*concepto relacional complejo conformado por una figura triangular*”¹³². De las vinculaciones y relaciones entre los “términos” Acción-Daño-Responsable, surge la conjunción denominada imputabilidad. Es decir, que resulta de *la sumatoria de la relación Acción-Responsable* (“atribuibilidad” para nosotros) *más Daño-Responsable* (que estudiaremos en el próximo capítulo y que nosotros llamamos “factores o criterios de atribución”) *y la derivada de la Acción-Daño* (que la trataremos en el capítulo cuarto como “relación de causalidad”).

Aquello que debe quedar en claro es que la *imputabilidad*, repetimos, es un concepto que se forma con los siguientes términos: Acción-Daño-Responsable, como sugiere nuestro gráfico:



Pues bien, ahora centraremos nuestro enfoque en la relación existente entre la *Acción* -protagonizada por el letrado, un auxiliar, pasante o dependiente suyo, etc.- y el *Responsable*, [es decir aquél sujeto (persona física -o “humana” al decir del nuevo Código argentino- o “ideal”) al que se le atribuirá jurídicamente la mala actuación profesional].

Por cierto, en este campo especial -el de la responsabilidad civil profesional-, como en cualquier otro, es menester constatar la existencia de todas las relaciones en el circuito de la responsabilidad para que pueda hablarse de un “responsable” y del consiguiente “crédito indemnizatorio” que surgirá en cabeza de la víctima; ello más allá de ciertas presunciones y “facilidades” probatorias que serán analizadas más adelante.

2) La atribuibilidad: el abogado que actúa personalmente y aquél que lo hace en conjunto.

2.1. Responsabilidad personal (directa).

Hasta hace relativamente poco tiempo el ejercicio de la abogacía -al igual que el de las otras “profesiones liberales”- se efectuaba en forma completamente individual¹³³. Sin embargo, en las últimas décadas esta situación “tradicional” cambió bruscamente. En efecto,

¹³¹ PADILLA, René A., *Sistema de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 136; ver en especial las cuatro primeras notas.

¹³² PADILLA, René A., *Sistema...*, *ob. cit.*, pág. 139.

¹³³ Respecto del Derecho español debemos tener presente que el nuevo E. G. A. dedica la Sección cuarta, del Capítulo II (de los abogados) a la regulación conjunta del ejercicio “individual, colectivo y multiprofesional”, sistematizando de esta forma ideas dispersas del anterior Estatuto, dotándolas de una regulación más uniforme. Además, se contempla por primera vez en dicho país, la posibilidad de establecer asociaciones de abogados con otros profesionales, con la finalidad de brindar servicios especializados coordinados entre sí en beneficio del cliente con la debida salvaguarda de los principios que imperan en la deontología profesional propia del letrado. A lo largo de este capítulo haremos especial referencia al citado régimen español. Ver, además, GAY MONTALVO, Eugenio, “El largo camino hacia un nuevo Estatuto General de la Abogacía: novedades y permanencias”, en *Comentarios al Estatuto General de la Abogacía Española*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, págs. 32 y s.s.

tal manera particular de ejercicio profesional se modificó sustancialmente. La mentada mutación se debe a factores “externos” al vínculo profesional-cliente, constituyendo estos cambios de una magnitud tal que hacen perder -en cierta forma- a tal relación sus cualidades esenciales.

Las alteraciones señaladas obedecen a motivos de índoles económicos y sociales, no debiendo olvidarse, empero, los progresos científicos y tecnológicos abrumadores de los últimos tiempos¹³⁴.

Por supuesto que ésta no fue una actitud privativa de la abogacía, sino de todas las profesiones liberales -tituladas y protegidas-. Es que en general estas profesiones vienen caracterizadas por las cualidades de la *individualidad, personalidad e independencia* con las que el profesional se desenvuelve frente a su cliente en el ejercicio de su profesión específica.

Por ello, la ausencia de una forma societaria -“ente interpuesto” dicen ALBIEZ DORHMANN y GARCÍA PÉREZ- permite al profesional, en tanto que “persona física”, actuar con total independencia y libertad. Por el contrario, “la mayor integración profesional alcanzada con la personificación de un ente societario pone en un delicado trance de supervivencia aquellas connotaciones tradicionalmente predicadas del ejercicio de la profesión liberal”¹³⁵.

Ahora bien, y centrándonos en la profesión que nos ocupa, es sumamente conocido que la relación jurídica que se entabla entre el profesional del Derecho y su cliente está basada, o mejor dicho lo debiera estar, en la confianza¹³⁶ o fiducia¹³⁷ que deposita éste sobre aquél. Por ello se decía que tal contrato era de los denominados *intuitu personae*¹³⁸.

Veremos enseguida que las variaciones operadas en ese vínculo, tal que hacen posible, incluso, el cumplimiento de la prestación profesional por persona distinta del profesional “primigenio” -amén de poder realizarlo los representantes de la “sociedad”

¹³⁴ “Esta tendencia a la agrupación en el ejercicio de las profesiones responde a una pluralidad de motivos. Entre los más gravitantes se encuentran los costos de las instalaciones, equipos, bibliotecas, etc. Pero también es una respuesta a las exigencias de las especializaciones, pues permite nuclear aún dentro de una misma profesión a quienes han profundizado en las distintas disciplinas que la integran; o agrupar profesiones complementarias en equipos pluridisciplinarios. No es ésta una consecuencia que se desenvuelva a partir de la evolución interna de la profesión tradicional, ejercida individualmente, sino más bien de una vicisitud de la profesión que acompaña paralelamente a las exigencias de una economía que transita desde las pequeñas unidades de producción hacia las empresas concentradas, con amplias y complejas aplicaciones de tecnología”, señalaba con todo acierto ANAYA, Jaime L., “La sociedad de profesionales”, en *El Derecho*, t. 123, pág. 272. Cabe acotar que este artículo data del año 1987. También se ha remarcado que las ventajas que tiene la actuación “colectiva” coordinada y organizada por sobre el trabajo individual pasan por la labor en equipo, la división y especialización del trabajo, economía de costes, aumento del ámbito territorial de actuación y la ampliación del abanico de los servicios ofertados, entre otras. Conf. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad Profesional de Abogados*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 109.

¹³⁵ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *ob. cit.*, pág. 108.

¹³⁶ En el artículo de CARNICER DÍEZ se resalta que la confianza es la clave de esta relación, y refleja un estudio sociológico, primer baremo externo de opinión del CGAE, elaborado por Juan José Toharia, en el cual concluye que el 65 % de los entrevistados considera la relación entre abogado y cliente como una relación de confianza. Y no puede ser de otra manera, “Sólo si el cliente confía plenamente en su abogado podrá obtener el resultado que se persigue, poniendo a su disposición los mayores y mejores elementos para alcanzar razón”, CARNICER DÍEZ, Carlos “Normas deontológicas”, en *Comentarios al Estatuto General de la Abogacía Española*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pág. 211.

¹³⁷ Se repite con frecuencia, tanto en doctrina cuanto en jurisprudencia, tal característica referida en el texto. Así, se sostuvo que “Para apreciar la culpa profesional debe tenerse presente que la relación entre el abogado y su cliente se caracteriza por la *mutua confianza*, por lo cual en todos los casos se debe exigir del letrado un diligente y metucioso cumplimiento de los deberes a su cargo en la defensa de los intereses que le fueron confiados”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 28-09-2004, “Milla, José L. c/L., C. A.”, R. C. y S. 2005-2, 63, fallo recopilado por PREVOT, Juan Manuel, *ob. cit.*, pág. 453. La cursiva nos pertenece y tiene por propósito resaltar que tal confianza ha de ser “mutua”.

¹³⁸ Por cierto que no estamos asimilando los conceptos empleados. Sólo apuntamos su íntima conexión. En este sentido se ha dicho que “La prestación de servicios, como relación personal, ‘intuitu personae’, incluye el deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que deriva de la norma general del artículo 1258 del Código Civil y que imponen al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado, presuponiendo la adecuada preparación profesional y el cumplimiento correcto; de ello se deduce que si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso de la obligación que corresponde al profesional (*SAP de Castellón de 9 de septiembre de 1998 -AC 1998, 1715-*)”, conf. CASADO DÍAZ, Susana, “Jurisprudencia relativa a la responsabilidad civil de los Abogados (1996-1998)”, *Aranzadi Civil*, 1999, vol. II, Tomo VIII, pág. 1772. Tratamos más adelante la íntima conexión del *intuitus* con la fiducia y la infungibilidad de la prestación.

misma- hacen perder en gran medida el carácter señalado a esa relación -en lo referido al *intuitus*-. Pero a no asustarse, pues ello en definitiva redundará en beneficios tanto para el profesional obligado cuanto para el cliente acreedor. Caso contrario no existiría legitimación alguna que justifique la mentada alteración. Más adelante volveremos sobre el carácter fiduciario de esta relación y sobre el especial rol que tiene asignado el *intuitus*.

Decíamos, entonces, que tradicionalmente el ejercicio de las profesionales liberales se lo hacía en forma individual. Ello traía aparejado -como lógica consecuencia- una responsabilidad también individual. Nosotros preferimos llamarla -creemos que con mayor precisión técnica- responsabilidad *personal*, la cual será *directa* -o sea que responderá el profesional por hechos propios-¹³⁹.

Esta es la primera forma de “imputar” responsabilidad civil al abogado en su ejercicio profesional. Es decir, aquella en la cual éste actúa en forma individual, por lo tanto el Derecho le “atribuirá” tal acción que se presume, por cierto, realizada con discernimiento, intención y libertad¹⁴⁰. Por supuesto que el operador jurídico tiene que constatar todas las demás “relaciones” -elementos o requisitos en la doctrina tradicional- para poder finalmente responsabilizar al sindicado letrado, pero esto se analizará en los próximos capítulos.

Ahora bien, es una realidad innegable que así como el abogado “clínico” o generalista tiende a desaparecer, aquel que realiza la prestación profesional en forma individual también constituye una especie en extinción¹⁴¹.

En cuanto a la primera aserción, no cabe dudas que hoy asistimos a la era de las especializaciones¹⁴². En efecto, tal como le sucedió a la filosofía -madre de todas las ciencias- con respecto a las ciencias particulares (en el sentido que empezaron a desprenderse de su tronco común para abarcar una parcela de la realidad -objeto- a la cual estudiaban con profundidad y rigor científico -método-), ahora las especialidades de esas “ciencias particulares” también hacen lo propio. Incluso se puede afirmar, sin faltar a la verdad, que hoy comprobamos que existen auténticos “especialistas de las especialidades” (verbigracia, médico traumatólogo de rodilla, abogado civilista experto en juicios de responsabilidad civil, etcétera). Tal fenómeno surge merced a múltiples factores¹⁴³.

Como ya lo señalamos, este nuevo estado de cosas no es negativo. Por el contrario, se presume que será más eficaz el cumplimiento de una prestación profesional realizado mediante un “especialista” en la materia. Después se verá si al mismo le es exigible un mayor grado de diligencia -“pericia en sentido subjetivo” si se quiere- en su desempeño solutorio hasta el punto de hacerle responder por culpa levísima. Por ahora sólo recomendamos a estos “superespecialistas” que jamás olviden la visión de conjunto, pues además de cultivar una porción científica bien delimitada, es necesario conocer cómo la misma se inserta en el

¹³⁹ Sobre la responsabilidad directa señala el nuevo Código Civil y Comercial argentino en el art. 1749 que “Es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión”. Como se desprende claramente de tal norma, en su primera parte se tiene presente el intento unificador de las órbitas responsabilizantes, al tanto que después se refiere al daño “injusto”; recordaremos que la antijuridicidad es presumida a partir de la presencia del daño (art. 1717). También es interesante resaltar que este nuevo Código, al igual que el recientemente derogado, contempla la mal llamada “indemnización” por razones de equidad (art. 1750, primera parte), aclarando además que el acto realizado por quien sufre una fuerza irresistible no genera responsabilidad para el autor (art. 1750, 2da parte). Finalmente, y como lo remarcamos más de una vez en esta tesis, se recepta legalmente la figura de las obligaciones “concurrentes”, y en el caso de “pluralidad de responsables” determina que si varias personas participan en la producción del daño que tiene una “causa única”, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias; en cambio si la pluralidad deriva de “causas distintas”, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes (art. 1751).

¹⁴⁰ Dada las particulares circunstancias el abogado deberá demostrar, en todo caso, si su acción no contiene los mentados requisitos. Presupuestos, cabe aclarar, indispensables para que pueda hablarse jurídicamente de “acción” e imputar sus consecuencias nocivas.

¹⁴¹ Claro que es menos complicado ser un abogado generalista en un gran despacho colectivo que desempeñarse, así, en cierta soledad intelectual o profesional. No obstante, ello no quiere decir que se tenga inexorablemente que perder la visión de conjunto, sino que los tiempos actuales imponen las necesarias especializaciones.

¹⁴² Ello amén del ejercicio transfronterizo de las profesiones, así como su realización en conjunto, temas que serán abordados más adelante.

¹⁴³ Las razones tienen colores de matices económicos, sociales y científicos. Específicamente en lo referido al ejercicio agrupado de la abogacía, podemos ejemplificar con estos motivos: imperativos de mercado; sentimiento generalizado de satisfacción de todo tipo de ‘necesidad’ unido a una sensibilidad extrema que se refleja en acudir a los tribunales de Justicia ante el menor ‘menoscabo’; acelerado progreso tecnológico; hiperinflación legislativa -y jurídica en general- e hiperinflación de la información -no siempre la adecuada, por cierto- incrementada, entre otros medios, por internet.

“sistema” -el universo jurídico, que es uno sólo-, qué principios la fundamentan, cuáles son las analogías y sus diferencias con otras materias afines, etcétera. Incluso es válido afirmar que con tal visión general se entenderá mucho mejor esa parcela singular evitando de esta forma, además, caer en el vicio denominado “anteojera de especialistas”¹⁴⁴.

En el tema que nos ocupa, creemos necesario que un “buen especialista” debe siempre tener presente -amén de los conceptos propios que fundan su especialidad- las enseñanzas que nos proporcionan materias o disciplinas tales como: la Teoría General del Derecho, la Teoría General de las Obligaciones y, por supuesto, el Derecho Constitucional y los principios que gobiernan al Derecho Procesal -en caso de ejercicio de la profesión-, no descuidando tampoco las reglas emanadas del Derecho Comunitario respectivo, si fuera el caso.

Resumiendo: el abogado que actúa en forma individual responde frente a su cliente de una manera también individual. Es decir que *su responsabilidad será directa y personal* en razón que el Derecho le atribuirá un “hecho propio” del que deberá responder sólo él. Además, recordemos que en nuestra concepción *su responsabilidad será siempre contractual* -frente a su cliente, claro-, sea que el letrado actúe como apoderado, ya se desenvuelva como patrocinante¹⁴⁵, sea su prestación realizada en forma judicial, ya extrajudicial. E incluso afirmamos que su responsabilidad tendrá naturaleza contractual así el incumplimiento se configure antes de perfeccionarse el contrato, o aún después de su ejecución (responsabilidad pre y postcontractual)¹⁴⁶; lo mismo quepa sostener ya infrinja el deber principal, el accesorio, o los deberes complementarios de conducta. Volveremos a señalar que tal cuestión es relevante incluso en el reciente régimen argentino que si bien intenta hacer desaparecer las diferencias existentes entre las distintas órbitas de responsabilidad deja subsistentes, sin embargo, algunas diferencias importantes.

2.2. El ejercicio transfronterizo de la abogacía en los Estados europeos. Su reconocimiento.

Existe una cuestión de gran interés referida a la posibilidad del *ejercicio “transfronterizo” de la profesión de abogado*, al menos dentro de las fronteras de los miembros de la Unión Europea y de otros Estados partes en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo¹⁴⁷.

Por supuesto que esta problemática, por más interesante que fuera, no constituye el tema central de nuestra tesis. Pero nos vemos obligado a abordarla siquiera en forma

¹⁴⁴ Con sentido parecido, pero hablando no ya del abogado en particular, sino del “maestro del Derecho”, se ha señalado que la necesidad académica ha obligado a que dicho maestro se especialice en determinadas áreas de enseñanza integradas por materias afines y sucedáneas, por ello, “el *magister juris* debe ser un jurisprudente especializado, sin que esta exigencia suponga que no deba conocer en forma elemental las disciplinas que pertenezcan a áreas distintas de la que comprenda su especialización, puesto que el derecho es un todo cuyas partes están muy interrelacionadas y su respectivo conocimiento es eminentemente interdisciplinario”, BURGOA ORIHUELA, Ignacio, “El maestro de Derecho (magister-juris), en *El papel del abogado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Universidad Americana de Acapulco, Porrúa, México, 1999, pág. 30. También se señala que la necesidad de la “especialización” o profundización de una zona acotada, es la única garantía de un buen servicio, no siendo válido para un profesional pretender eximirse de responsabilidad alegando que es un mero “generalista” (como tampoco argüir razones de amistad, parentesco, gratuidad, o de tratarse de un joven abogado o recientemente recibido, etc.), conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Las dificultades de la ciencia jurídica para concluir en la responsabilidad de quienes ejercen profesiones vinculadas a ella”, *art. cit.*, pág. 24. Con semejante parecer se ha dicho con acierto que el letrado “se ve empujado a renovarse, a actualizarse, a saber más, a estar al día, especializarse, y ‘dominar’ el espectro de sus registros y proyecciones”, MORELLO, Augusto M., “La responsabilidad civil del abogado. Perspectivas modernas desde la óptica procesal” en *Revista de Derecho de Daños, 2005-I, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, pág. 28.

¹⁴⁵ El apoderado tiene la “representación” del cliente, característica de la que carece el letrado patrocinante. Para gran parte de los autores tal distinción tiene influencia en cuanto al régimen de responsabilidad que se aplicará en el caso (contractual/extraccontractual -con las diferencias que existan en el ordenamiento jurídico de que se trate-). Tal visión la estimamos errada por todos los motivos ya señalados. También pensamos que yerra aquella doctrina que sostiene que aquél distinción sirve además para etiquetar a las obligaciones del abogado como si algunas fuesen de medios y otras de resultado. En el próximo capítulo desarrollaremos esta rica temática.

¹⁴⁶ Cuestión que también abordamos en el capítulo tercero.

¹⁴⁷ Por supuesto que debemos recordar que hace poco tiempo Inglaterra ha decidido “salir” de la Unión Europea; y habrá que esperar todas las consecuencias que dicha decisión traerá aparejadas.

elemental. A quien desee profundizar sobre la cuestión remitimos a los estudiosos en la materia¹⁴⁸.

Pues bien, el *Derecho profesional "comunitario" o europeo*, comenzó a desarrollarse con la Directiva 77/249, del 22 de marzo de 1977¹⁴⁹. Luego se aprobaron las Directivas 89/48, del 21 de diciembre de 1989 (modificada por Directiva 2001/19 del 14 de mayo de 2001) y 92/52 del 18 de junio de 1992¹⁵⁰. La última Directiva sobre el particular, y de innegable trascendencia, es la 98/5, del 16 de febrero de 1998¹⁵¹.

También de suma importancia resultaron ser las sentencias emanadas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹⁵², las que en general avalaron las mentadas directivas y dieron así más empuje a este Derecho profesional comunitario.

Por supuesto que aún se está bastante lejos de lograr conquistar una suerte de "abogado europeo integral"¹⁵³. Es más, se ha señalado que probablemente nunca exista, puesto que no es un objetivo de la Unión Europea, al menos por ahora.

Además, no obstante a que en el futuro pueda existir -si no existe aún, agregamos nosotros- un verdadero "Derecho europeo", no por ello van a dejar de existir los sistemas jurídicos nacionales. De hecho, la construcción europea sólo se puede entender desde la diversidad¹⁵⁴. Por ello si bien es una realidad innegable que contamos con un *Derecho profesional comunitario de los abogados*, al mismo tiempo debemos reconocer que cada Estado miembro tiene su propio Derecho profesional, el cual se va adaptando a este Derecho comunitario.

Así las cosas, desde tal perspectiva se puede "entender la libre circulación de los abogados en la Unión Europea. El derecho de prestación de servicios, el reconocimiento de los títulos y el derecho de establecimiento en los estados miembros constituyen, en la actualidad, los instrumentos para hacer real que un abogado europeo pueda proyectarse profesionalmente más allá del país al que pertenece"¹⁵⁵.

A grandes rasgos -como pensamos encarar este tema- puede decirse que las Directivas establecen una importante diferencia respecto de cuando un abogado europeo está interesado sólo en el ejercicio *temporal* en otro Estado miembro distinto del suyo (estado de acogida), o cuando dicha proyección es más duradera o *permanente*. Desde este punto de vista, es dable distinguir en el actual Derecho profesional comunitario *cuatro tipos o clases de abogados: el abogado visitante, el abogado inscrito, el integrado y el letrado reconocido*. Ello amén de la posibilidad del ejercicio transfronterizo en *grupo*, cuestión que será analizada más adelante.

¹⁴⁸ Más que nada se nos presentó interesante resaltar esta cuestión para que los abogados argentinos -entre otros- tengan una noción básica de lo que sucede con el ejercicio de la profesión a nivel europeo. Sobre el particular recomendamos la siguiente bibliografía: ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad Profesional de Abogados*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 21 y s.s.; GARCÍA VELASCO, I., *La libertad de ejercicio de la profesión de la abogacía en la CEE*, Salamanca 1992; LÓPEZ CANTAL, R., *Libre circulación de abogados en el ámbito de la CEE*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Granada, 1993; RODRÍGUEZ RODRIGO, J., *Régimen jurídico de la abogacía internacional*, Granada, 2003; VIÑUELAS ZAHÍNOS, Ma. T., *La Libre Circulación del Abogado en la Unión Europea*, Elcano, 2004.

¹⁴⁹ La que trata sobre la "prestación de servicios".

¹⁵⁰ Ambas directivas tienen un alcance general para todos los profesionales con titulación.

¹⁵¹ Regula el denominado derecho de "establecimiento".

¹⁵² Por ejemplo, las sentencias del 30 de noviembre de 1995 y del 7 de noviembre de 2000. La primera es dictada en el caso *Gebhard* en la cual se autoriza a un abogado "visitante" a abrir un despacho en el Estado de acogida. La segunda de estas resoluciones comunitarias y de gran valor es la relativa al asunto C-168/98, *in re: Gran Ducado de Luxemburgo vs. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*. En dicha sentencia el TJCE desestima la pretensión de anulación esgrimida por el Gran Ducado de Luxemburgo contra la Directiva 98/5. Más adelante haremos expresa mención a estos importantes precedentes judiciales que no hacen otra cosa que avalar este pujante Derecho profesional comunitario, específicamente en el ámbito de las prestaciones jurídicas.

¹⁵³ Como bien señalan ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad Profesional de Abogados*, cit., pág. 21, haciéndose eco de las enseñanzas de Pertek. Varias de las citas nuestras harán especial mención a la obra de los autores nombrados, la que nos resultó muy provechosa y a la cual remitimos a quienes deseen profundizar esta temática.

¹⁵⁴ Conf. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *ob. cit.*, pág. 21.

¹⁵⁵ *Ibidem* cita anterior.

2.3. Ejercicio temporal de la abogacía en los Estados de acogida. El abogado “visitante” y el requisito de la “concertación”.

Debemos tener presente que el ejercicio de la abogacía transfronteriza implica que en el Estado miembro de la CEE en donde se pretenda llevar a cabo el encargo profesional, se debe reconocer al abogado como tal. Al respecto las directivas 77/249 y 98/5 establecen una “lista de calificaciones profesionales”, que en definitiva se logra que los Estados miembros reconozcan la “calidad de abogado”, tal y como es reconocida en el Estado de origen.

En este sentido, el principal punto de la Directiva 77/249 “giró en torno a la aplicación de las normas profesionales, concretamente, si deberían de regir las normas del Estado miembro de origen o las normas del Estado miembro de acogida. La solución finalmente adoptada no dejó de ser una solución de compromiso tanto en el ámbito de las actividades judiciales como en las actuaciones extrajudiciales. En las actividades judiciales, el abogado respetará las normas profesionales del Estado de acogida, sin perjuicio de las obligaciones que le incumban en el Estado de procedencia. Fuera de estas actividades, el abogado estará sometido a las condiciones y normas profesionales del Estado de origen, sin perjuicio de que se respeten las normas, sea cual fuere su fuente, que regulen la profesión en el Estado de acogida”¹⁵⁶.

Un dato clave que debe tenerse en cuenta en esta materia consiste en que cualquier medida nacional incardinada a limitar la prestación de servicios profesionales jurídicos en provecho de “su” abogado nacional, debe ser considerada contraria al Derecho comunitario y así podrá ser declarada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Ahora bien, centrando la atención en este abogado “visitante”, la Directiva 77/249 faculta a que los Estados miembros puedan exigir que en determinados casos tal letrado tenga suscrito una “concertación” con un abogado del Estado de acogida cuando se actúe ante tribunales judiciales o administrativos. También se puede celebrar dicho “acuerdo” con un procurador o con una sociedad de abogados local, o incluso puede llevarse a cabo entre dos sociedades (una del Estado de origen y la otra, lógicamente, del Estado de acogida).

La idea es que los Estados de acogida tengan ciertas garantías, sobre todo en favor de sus ciudadanos que serán asistidos por un abogado visitante, por ello se pide la “concertación” con uno local. Ello también implica que se respetarían, así, las reglas procesales y deontológicas propias de la profesión del Estado de acogida.

Dicha concertación en realidad se traduce en un acompañamiento profesional ante los órganos jurisdiccionales o administrativos. Es una suerte de “aval profesional”, el cual garantiza los derechos de los ciudadanos y de los órganos ante los cuales actúa el abogado visitante.

Además de ello, se prevé en la Directiva comunitaria (art. 5) que *el abogado del Estado de acogida debe responder por la actuación del abogado visitante cuando el mismo requirió la mentada concertación*. Por ello podemos afirmar con ALBIEZ DOHRMANN y GARCÍA PÉREZ que “el abogado receptor es el ‘tutor profesional’ del abogado visitante, prestando una cobertura profesional a las actividades profesionales que realice el abogado visitante en el Estado de acogida. Es una especie de ‘abogado fiscalizador’. La responsabilidad comprende el cumplimiento de las normas de deontología así como las normas estrictamente profesionales del Estado de acogida”¹⁵⁷. Dicha responsabilidad del abogado receptor -derivada de la actuación imperita y contraria al Derecho profesional incurrida por el abogado visitante- es *directa*.

Por supuesto que el abogado receptor no responde por el incumplimiento en que podría incurrir el abogado visitante respecto de las normas del Estado de origen. No tiene ningún deber de conocer dicho ordenamiento, ni el ético o deontológico, ni el estrictamente jurídico.

¹⁵⁶ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *ob. cit.*, pág. 25.

¹⁵⁷ *Ob. cit.*, pág. 29.

Antes de terminar con el tema del abogado visitante, debemos simplemente señalar que el mismo no puede ser miembro de una sociedad de abogados o de una sociedad multidisciplinaria del Estado de acogida, pero sí de una sociedad de medios o instrumental (vg. sociedad civil, comunidad de bienes, cooperativa de servicios). Además, si bien no parece ser la idea de la Directiva 77/249 -ni menos aún de la 98/5-, dicho abogado está avalado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹⁵⁸ para poder abrir un despacho en el Estado de acogida, no obstante el carácter temporal de los servicios jurídicos que brinda.

2.4. Ejercicio permanente de la abogacía en los Estados de acogida. El abogado inscrito y el letrado integrado.

Para hacer real la libertad de circulación de los profesionales dentro del ámbito de Espacio Europeo, es necesario que se reconozca el denominado “derecho de establecimiento”. El “inicio comunitario” en tal sentido fue el dictado de la Directiva 89/48 (del 21 de diciembre de 1989, modificada por la Directiva 2001/19, del 14 de mayo de 2001) la que fue completada por la 92/52 (18 de junio de 1992). La primera de éstas trata sobre el reconocimiento de los títulos de Enseñanza Superior, disponiendo que cualquier nacional de un Estado miembro puede ejercer en los demás Estados miembros las actividades profesionales reglamentadas para cuyo ejercicio se requiera algún título de Enseñanza Superior. La Directiva 92/52 tiene un carácter general para todas las profesiones tituladas, modificando los sistemas de reconocimiento de las calificaciones profesionales.

Con tal base se aprobó el 16 de febrero de 1998 la Directiva 98/5, la cual reconoce el derecho de establecimiento de los abogados en los Estados miembros de la U.E., suprimiendo de esta forma los obstáculos que existían para el ejercicio permanente de la abogacía en los Estados de acogida, ello sin tener que acudir al reconocimiento de su título profesional obtenido, obviamente, en el Estado de origen.

Se ha señalado que “El derecho de establecimiento, en sí mismo, supone sólo el ejercicio permanente de la abogacía en el Estado de acogida. El sistema instaurado, sin necesidad de prueba de aptitud o período en prácticas, que en casi todos los Estados miembros se ha incorporado al ordenamiento interno, y en los que no se está aplicando directamente la Directiva, está coadyuvando de forma significativa en la circulación de abogado”¹⁵⁹.

Para acceder a este “derecho de establecimiento” es necesario que el abogado comunitario se inscriba en un Registro específico creado con dicha finalidad por el Estado de acogida.

Pero además de esta categoría de abogado “inscrito”, todavía cuadra mencionar la posibilidad que tiene el letrado de “integrarse” en la profesión del Estado de acogida. Por ello, a partir de la Directiva 98/5 es dable diferenciar los abogados comunitarios “inscritos” de los abogados “integrados” en el Estado de acogida.

Es importante resaltar que el abogado inscrito puede ser *asimilado* al abogado local del Estado de acogida, a diferencia del “integrado” que debe ser *equiparado* al mismo. Además, para que un abogado inscrito pueda hacer valer su “derecho de integración” es necesario que acredite con el transcurso del tiempo su experiencia profesional en el Estado de acogida.

En definitiva, lo único que distingue al abogado integrado del abogado del Estado de acogida, es su distinta nacionalidad. En lo concerniente a las normas profesionales, ambos están sujetos a las mismas. No obstante que esta equiparación debe ser total, ello no significa que la integración haga perder al abogado los derechos profesionales de su país de origen¹⁶⁰.

2.5. Sentencia del TJCE del 7 de noviembre de 2000 en el caso del Gran Ducado de Luxemburgo.

¹⁵⁸ Sentencia del 30 de noviembre de 1995, caso *Gebhard*.

¹⁵⁹ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad Profesional...*, pág. 34.

¹⁶⁰ Ver: ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *ob. cit.*, pág. 34.

"

Nos vemos obligado, tal como hacen los autores que seguimos¹⁶¹, a hacer una breve mención respecto de un importante precedente judicial.

Nos referimos a la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el día 7 de noviembre de 2000. Resulta que el Gran Ducado de Luxemburgo interpuso ante el mencionado Tribunal un recurso de anulación contra la Directiva 98/5.

El Gran Ducado había anunciado su discrepancia sobre cómo se aprobó la Directiva, en tanto que entendía que debía de haberse aprobado por unanimidad. Respecto del fondo del asunto, consideraba que los arts. 2, 5 y 11 de la citada Directiva constituían una modificación al principio legislativo según el cual el acceso a la profesión de abogado en un Estado debiera de quedar supeditado a la adquisición por el candidato de conocimientos y aptitudes suficientes en el ámbito local del Derecho de dicho Estado. También entendía que la normativa comunitaria supone una discriminación para los abogados del Estado de acogida respecto de los abogados de origen, puesto que se permite a éstos últimos desde un primer momento el pleno ejercicio en régimen de establecimiento y bajo el título profesional del Estado de origen. Finalmente, considera el Ducado que la Directiva en crisis liberaliza el ejercicio en grupo de la abogacía en aquellos países en donde no se permite dicha modalidad de actuación profesional.

Si bien el TCJE no se pronunció sobre todos los aspectos puestos en tela de juicio, sí tomó partido respecto de las cuestiones centrales. Por de pronto entendió que se está ante situaciones profesionales muy distintas, a saber: la del abogado emigrante o *inscrito*, la del abogado *integrado* -europeo- y la del abogado *nacional*. Por supuesto que muy distinta es también la situación del abogado *visitante*, tal como tuvimos oportunidad de remarcar.

Cada tipo de abogado tiene un régimen diferente. Pero a diferencia del abogado nacional, se ha señalado con acierto que “los demás tipos de abogados están sujetos no sólo al régimen profesional del Estado de acogida sino también al del Estado de origen. En la Directiva 98/5 se ha cuidado mucho para que el Derecho de establecimiento no constituya una vía para alterar los principios legales vigentes, relativos al régimen de la profesión de abogado, de cada país. Con la primacía del Derecho profesional del Estado de acogida, a la que se alude en los artículos 5 y 11, esto está garantizado”¹⁶².

Es verdad, en otro sentido, que los abogados cuyos sistemas nacionales de acceso a la profesión son más exigentes que otros, pueden sentirse discriminados. Pero esto es un problema de Derecho profesional interno de cada Estado. En cierta forma al no existir ningún control sobre la capacitación profesional de los abogados “inscritos”, en puridad nada garantiza que los mismos tengan el conocimiento necesario del Derecho local del Estado de acogida, justamente donde ejercerán su profesión en forma permanente. Tal vez sí tengan conocimiento de su “propio” Derecho -el del Estado de origen- (lo que se presume), así como del Derecho comunitario e internacional (aunque sea en forma elemental), pero del Derecho del Estado de acogida, hay que reconocerlo, no se garantiza que lo tenga por no existir ningún control al respecto. Sin embargo, la sentencia del TJCE no trató esta importante cuestión...

Ahora bien, esta situación puede menoscabar el interés general del Estado de acogida, en particular la debida protección que requieren los clientes de prestaciones jurídicas. Sobre el particular se ha señalado que “esta protección que dispensa el Derecho comunitario ha de ser mínima. Corresponde a los Estados miembros la decisión de aumentar, en su caso, la protección de los consumidores”¹⁶³. En este sentido, en las conclusiones del Abogado General se puede leer la siguiente afirmación “No es posible eliminar todo riesgo de conducta incompetente por parte del abogado emigrante, como no se puede tampoco evitar que el abogado nacional se aventure a asesorar en materias del propio derecho nacional, para las que no reúne las necesarias aptitudes... Avisado de la formación extranjera del abogado por

¹⁶¹ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad Profesional...*, págs. 35 y s.s. El asunto es: C-168/98; Gran Ducado de Luxemburgo vs. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, Sentencia del 7 de noviembre de 2000.

¹⁶² *Ibidem* cita anterior, pág. 37.

¹⁶³ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad Profesional...*, pág. 40.

"

el título que ostenta, sólo al cliente corresponderá apreciar este riesgo, al ser éste libre de confiar la defensa de sus intereses al abogado de su elección”¹⁶⁴.

No obstante todo lo señalado, por nuestra parte pensamos que no estaría de más que exista algún control de fondo, tal vez en el momento de la inscripción correspondiente en el Registro especial, para constatar si realmente este profesional jurídico tiene conocimientos mínimos del Derecho nacional del Estado de acogida en donde pretende ejercer la profesión en forma permanente. No hubiese sido errado que en la Directiva algo se diga al respecto¹⁶⁵. Por cierto que se está lejos de que la declaración de Bolonia de 1999¹⁶⁶ pueda ser de aplicación, sin más, en el ámbito de la abogacía, donde en puridad cada Estado o país, ni hablar de regiones o provincias, tienen su propio Derecho u ordenamiento jurídico.

2.6. La regulación nacional española.

No podemos finiquitar esta cuestión sin hacer una somera mención a la regulación del ejercicio profesional transfronterizo en España. Pues bien, en sintonía con la Directiva 98/5, se dictó el Real Decreto 936/2001, de fecha 3 de agosto de 2001, el cual estableció como condición imprescindible que el abogado del Estado de origen que pretenda ejercer en una forma *permanente* en España se *inscriba* en un Registro especial sujeto a control del Colegio de Abogados correspondiente.

Debe quedar claro que la normativa española consagra un principio fundamental, a saber: *la asimilación del abogado inscrito con el abogado del Estado de acogida*, es decir: con el abogado español. Esto quiere decir que cualquier abogado del Espacio Económico Europeo que pretenda ejercer su profesión con el título profesional del Estado de origen, estará sometido a las normas profesionales y deontológicas que rigen para cualquier abogado español en ejercicio.

Sin embargo, se ha determinado en el Real Decreto que dicho abogado *inscrito* debe *identificarse* con expresa mención del título profesional de origen, no pudiendo utilizar la denominación “abogado” en cualquiera de las lenguas oficiales españolas. Este requisito, por cierto, puede generar ciertas dificultades.

Otra limitación que tiene el abogado inscrito, y ésta es significativa, es que en determinadas situaciones tiene que acudir a la “concertación”. En puridad no necesita de esta concertación en las actividades extrajudiciales. Pero en las actuaciones ante los tribunales judiciales y administrativos, debe el abogado inscrito actuar concertadamente con un abogado colegiado en un Colegio español, se trate de un letrado local o uno “integrado”.

Si bien en la Directiva 98/5 se autoriza a los Estados miembros para exigir en determinados casos dicha concertación al abogado inscrito, lo que en definitiva se hizo en España¹⁶⁷, se ha señalado -con acierto- que esta exigencia no tiene mucho sentido, menos si se materializa el plan de Bolonia, además no tiene en consideración el principio de asimilación ya anunciado, amén de suponer cierta limitación a la actuación profesional cuando en realidad el abogado inscrito ya está sujeto al control del Colegio de Abogados. De esta forma se están equiparando las actuaciones de los abogados “visitantes” -con los cuales se justifica la concertación- con los abogados inscritos, lo que carece de sentido¹⁶⁸.

Por otro lado, se encuentra justificada la prohibición que estatuye el art. 11.3 del Real Decreto, en tanto se prohíbe al abogado inscrito realizar actividades que en España se encuentren reservadas a otras profesiones, no obstante estar autorizados a realizarlas

¹⁶⁴ Ver sentencia del TJCE del 25 de febrero de 1988, Comisión/Alemania (427/85, Rec. pág. 1123), apartado 27. También puede verse dicho extracto en la obra tantas veces citada de ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *ob. cit.*, pág. 40.

¹⁶⁵ En otras palabras, no nos convencen, para nada, las afirmaciones del Abogado General transcritas en el texto. Es que decir que el riesgo lo debe afrontar el cliente por ser esa su elección, implica evadir el problema. Además, que se diga que ni siquiera el abogado local está exento de incurrir en “aventuras” no ayuda en nada al asunto. La idea es proyectar cómo se forman mejor los abogados en general. Cómo se protegen adecuadamente a los clientes. Cómo se optimizan los servicios jurídicos. En definitiva, cómo se busca hacer Justicia donde fuere que sea ejecutada la prestación profesional.

¹⁶⁶ Por el que se pretende el establecimiento a nivel europeo de una similar formación universitaria.

¹⁶⁷ Art. 11.2 del Real Decreto 936/2001.

¹⁶⁸ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *ob. cit.*, pág. 44.

conforme a la normativa de su país de origen. Dicha limitación es congruente con el Derecho profesional español, el cual -al ser el Derecho local- tiene preferencia sobre el Derecho profesional del Estado de origen.

Del “Estatuto del abogado inscrito” cabe resaltar que goza del derecho de voto para ejercer en las elecciones de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados. Además, el mismo se encuentra sometido a la normativa española relativa al seguro profesional, a no ser que tenga un seguro, un fondo profesional, o una garantía en el Estado de origen, en cuyo caso no sería necesario suscribir otro seguro profesional en España (conf. art. 13 del Real Decreto 936/2001). De lo contrario “se tendrá que completar la modalidad o la cobertura de origen conforme a la normativa profesional española”¹⁶⁹. Por último, se regula en el art. 14 el régimen de responsabilidad disciplinaria, disponiéndose que el procedimiento respectivo está regido por un deber de cooperación entre los Colegios del Estado de acogida y del Estado de origen.

Así las cosas y finiquitando este tema, es claro que *tanto el abogado nacional, cuando el inscrito y el integrado, amén del reconocido, serán plenamente responsables por las actuaciones imperitas en las que pudieren incurrir en el ejercicio de su profesión*. Otro tanto quepa decir respecto del abogado “visitante”, de cuya actuación *responderá directamente, además, el abogado local -o procurador o representantes de una sociedad profesional- con el que se hubiere convenido la concertación*.

3) Sobre las características de la relación abogado-cliente. La fiducia o confianza, el *intuitu personae* y la infungibilidad de la prestación.

En varias oportunidades hemos señalado que la relación que se establece entre el abogado con su cliente es de naturaleza contractual (insistiremos en ello más allá del intento de unificar los regímenes responsabilizantes en el reciente Código de Derecho Privado argentino). Dicha afirmación es aceptada prácticamente por todos, como así también la referida a que la naturaleza de la responsabilidad resultante se regirá -lógicamente- por principios que dimanen de la órbita contractual. En general se consiente ello, pero los problemas surgen cuando empezamos a indagar un poco más sobre el particular.

Para empezar, remarcaremos que tanto en doctrina, cuanto en jurisprudencia, se ha intentado hacer encasillar la relación profesional-cliente en algún tipo de contrato singular. Ello merced al silencio legal que existe en la materia -es decir dada la ausencia de una regulación específica del contrato de servicios profesionales- salvo la honrosa excepción del Código Civil italiano de 1942, y del intento de codificación argentino del año 1993 (Proyecto del PEN al que haremos referencias *infra*). Es claro que ni Argentina¹⁷⁰ ni España¹⁷¹ -al igual que otros tantos países- tienen regulado en el Código la relación que surge cuando un cliente se vincula con un profesional, en nuestro caso el abogado. Tales servicios profesionales no están tipificados legalmente, y por ello se acude a alguna figura típica (contrato de

¹⁶⁹ *Ibidem cita anterior*, pág. 45.

¹⁷⁰ El Proyecto de Código Civil para la República Argentina del año 1998 dedica a las “profesiones liberales” el párrafo sexto de la sección décimo segunda “Supuestos especiales de responsabilidad”, dentro del Capítulo I sobre “Responsabilidad Civil” del Título IV de su Libro IV. Por supuesto que este Proyecto suponía llenar el vacío que padecía esta particular temática en dicho país, puesto que el Código Civil de Vélez no contemplaba de forma expresa la cuestión de la responsabilidad civil de los profesionales. Ver al respecto, BARRAZA, Javier Indalecio, “Una sentencia paradójica. La responsabilidad de los profesionales”, *La Ley* 2000-E, págs. 285 y s.s. En cuanto al nuevo Código Civil y Comercial, también se dijo que el artículo clave a tener en consideración es el 1768, el cual determina que la actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las “obligaciones de hacer” y que su responsabilidad es, en general, subjetiva -a no ser que se hubiera comprometido un resultado concreto-. Más adelante analizaremos esta norma y las reglas de las obligaciones de hacer (arts. 773 y s.s.), junto a otros temas de vital importancia.

¹⁷¹ En el Derecho español, puede verse, entre otros autores, SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La relación de servicios del abogado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 15 y s.s.

arrendamiento de servicios¹⁷², de obra¹⁷³, mandato¹⁷⁴, etc.), ya para aplicar sus disposiciones en forma directa, ya a través del uso de la analogía, o recurrir a sus normas en forma supletoria. Es cierto, por otro lado, que el nuevo Código Civil y Comercial argentino destina algunas normas específicas a tal relación (vg. arts. 774, 776, 1254, 1278, 1768, etc.), pero también es cierto que no dedicó un capítulo específico destinado a la regulación de los contratos de servicios profesionales (ni de los jurídicos, ni de los médicos, ni de los profesionales en general, quedándose con los moldes clásicos de los contratos de obra y servicios).

Pero no son estas las cuestiones que queremos enfocar aquí, por ello evitaremos incurrir en repeticiones y trataremos este tema en el capítulo tercero, cuando analicemos la famosa clasificación que divide a las obligaciones en de medios y resultado.

Nuestra atención se centra, ahora, en ciertas cualidades que resaltan y resultan de la relación profesional del Derecho (abogado)-cliente.

Así las cosas, una persona, generalmente “lega” (aunque puede tratarse un cliente no “profano”, de un abogado, y las reglas a aplicar serían, en principio, las mismas¹⁷⁵), acude a un profesional del Derecho para requerir precisamente sus conocimientos específicos. Normalmente una situación de conflicto será la determinante de su decisión de acercarse al abogado.

A su vez, para poder ejercer adecuadamente su profesión, es necesario que el cliente se “desnude” frente a dicho profesional “confesándole” ciertas cuestiones personales, revelando datos íntimos, cristalizando alguna situación complicada, entregando

¹⁷² Son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo español en las cuales hace referencia al contrato que celebra el cliente con el profesional del Derecho. Así, hacen alusión al contrato de arrendamiento de servicios (relación cliente-*abogado*) las sentencias del Tribunal Supremo (todas de la Sala Primera) del 4 de febrero de 1992 (RJ 1992, 819); del 17 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8735); 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 357); 25 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1651); 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8587); 7 de febrero de 2000 (RJ 2000, 283); 8 de febrero de 2000 (RJ 2000, 842); 8 de junio de 2000 (RJ 2000, 5098); 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372); 7 de abril de 2003 (RJ 2003, 3003); 8 de abril de 2003 (RJ 2003, 2956); STS del 18 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1682); STS del 23 de marzo de 2007; STS del 18 de julio de 2008; STS del 31 de marzo del 2010; y STS del 21 de noviembre de 2013, entre otras tantas (obviamente también esta doctrina es seguida por las Audiencias Provinciales, como se hizo, *ad exemplum*, en las siguientes resoluciones, a saber: A. P. de Valencia, Sec. 11ª, de fecha 23-12-03; A. P. de Madrid, Sec. 12ª, 12-1-05; A. P. de Barcelona, Sec. 17ª, de fecha 23-9-2009; A. P. de Córdoba, Sec. 1ª, 25-2-10; A. P. de Barcelona, Sec. 1ª, 17-9-13; A. P. de Valencia, Sec. 8ª, 15-1-14; A. P. de Vizcaya, Sec. 4ª, 20-5-14; A. P. de Vizcaya, Sec. 3ª, 11-6-14; A. P. de Madrid, Sec. 11ª, 4-12-14, entre otras).

¹⁷³ También en varias sentencias en las cuales se resalta que la relación del abogado con su cliente constituye un arrendamiento de servicios (lo que genera, por ende, una obligación de medios) se aclara que “en ocasiones, el contrato de un profesional liberal puede ser contrato de obra”, como sostiene la STS (Sala Primera) del 25 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1651) y la STS (Sala Primera) del 8 de junio de 2000 (RJ 2000, 5098). Además, en la STS (Sala Primera) del 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8587) se expresa con toda claridad que “Es un contrato de arrendamiento de servicios el que vincula con su cliente, salvo que haya sido contratado para una obra determinada, como un informe o dictamen”. En el capítulo siguiente trataremos con más detenimiento esta cuestión.

¹⁷⁴ Existen muchas sentencias del Tribunal Supremo español que hacen expresa mención al contrato de mandato (relación cliente-*procurador*) entre otras la STS (Sala I) del 4 de abril de 1987 (RJ 1987, 2488); STS (Sala I) del 12 de julio de 2000 (RJ 2000, 6751); STS (Sala I) del 7 de abril de 2003 (RJ 2003, 3003); STS (Sala I) del 18 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1682) y la STS del 11 de mayo de 2006 (al igual que también son muchas las sentencias de Audiencias Provinciales que relacionan al procurador con el contrato de mandato, como por ejemplo las de la A. P. de Ciudad Real, Sec. 2ª, de fecha 8-4-14 y A. P. de Valencia, Sec. 6ª, del 10-3-15).

¹⁷⁵ En una importante sentencia emanada del Tribunal Supremo español se hizo expresa mención a la cuestión que se plantea cuando el cliente es también un profesional del Derecho. Nos referimos a la STS de la Sala Primera, del 18 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1682) en la cual se responsabiliza a un letrado y al procurador por no haber notificado a su cliente el inicio del cómputo del plazo para consignar el precio y así evitar la resolución de un contrato de compraventa de un piso. Pues allí dice el Tribunal -en lo que a nosotros nos interesa en este momento- que no debe compartir responsabilidad el cliente sin importar que no se trate de una persona lega en la materia jurídica pues, “es claro que si confió la representación y defensa de sus intereses a sendos profesionales que como tales la aceptaron, eran éstos y no su cliente quienes debían velar por que el inicio del cómputo de un plazo a partir de la notificación de un acto procesal no causara a su cliente un perjuicio irremediable por no haberle advertido de aquel dato” (F. D. 6º). En principio compartimos dicho parecer. Sólo cambiaría tal situación si el cliente, por ejemplo, fuere un especialista en la materia que se discute, o si de alguna otra forma tomó intervención real en el pleito. De hecho, puede perfectamente documentarse dicha circunstancia. En estos casos ya habría una suerte de asociación en su propio interés, en su defensa jurídica, lo cual nos autoriza a pregonar que alguna cuota de “responsabilidad” le correspondería acorde a su participación concreta (instrucciones, consejos, asesoramientos, etcétera). Estaría en cierta forma actuando por “derecho propio” más allá de la calidad procesal que invista ante los estrados y más allá de la eventual reducción de honorarios que quizás se produciría en los casos señalados.

documentación de gran valor, etc. Para ello sin dudas que el cliente debe tener *confianza* en su letrado; al menos se supone que lo primero que deposita en él es, precisamente, eso: *confianza*¹⁷⁶.

Sin esta confianza el abogado no podrá ejercer adecuadamente su cometido propio, sobre todo se encontrará en grave riesgo el derecho de defensa, de raíz constitucional en todos los sistemas de los que tenemos noticia. Por cierto que esta confianza debe ser “mutua”¹⁷⁷, tal como son las relaciones¹⁷⁸.

A su vez el ordenamiento protege esta confianza depositada en el profesional. Desde el punto de vista penal¹⁷⁹, civil y disciplinario, dicha confianza se encuentra debidamente resguardada. De hecho el Código Deontológico de Abogacía española proclama en su artículo 4.1 que “la relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de éste una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente”; y el art. 4.2 expresa que “el abogado está obligado a no defraudar la confianza de su cliente y a no defender intereses en conflicto con los de aquél”¹⁸⁰.

¹⁷⁶ El Tribunal Supremo español ha acudido expresamente al deber de confianza en algunas sentencias para, así, responsabilizar al letrado. En un caso por haber omitido informar sobre las posibilidades de defensa en el orden civil más allá que su actuación se hubiera realizado sólo en el ámbito penal (después del archivo de la causa penal -iniciada por la muerte de un joven en una pileta municipal- no informó a tiempo acerca de la posibilidad de acudir a la sede civil para reclamar la indemnización, prescribiendo dicha acción). La sentencia a la cual estamos haciendo referencia es de la Sala Primera, del 14 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3106) en cuya doctrina puede leerse que “en buena técnica jurídica y en cumplimiento del deber de confianza que en él habían depositado sus clientes... tendría que haber extendido el consejo a las posibilidades de defensa de una reclamación en el orden civil por culpa contractual o extracontractual” (F. D. 4º). También en otra resolución el alto Tribunal hace referencia a esta confianza que deposita el cliente en el profesional; se trata de la STS (Sala Primera) del 25 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1651), la cual que señala que “En el contrato de prestación de servicios... que se funda en una relación de confianza...”, para luego imputar al letrado por no haber informado adecuadamente a su cliente y no haberle devuelto la documentación (“expedientes”) una vez extinguida la relación, incumpliendo, así, con la obligación de fidelidad (F. D. 3º).

¹⁷⁷ Con razón se ha expresado que la relación del abogado con su cliente, al igual que el médico con su paciente, se basa en la “mutua confianza” que debe existir en el inicio de la relación siendo lógico que se mantenga mientras dure la misma. “Esta confianza, en el caso particular del abogado debe cimentarse en una sólida preparación profesional para la atención del asunto que se le encomienda”, conf. PETTIS, Christian R., “La caducidad de la instancia y la responsabilidad civil consecuyente de los profesionales intervinientes”, *La Ley*, 2006-B, págs. 580 y s.s. Con la misma inteligencia se ha señalado que la relación mentada “es de ubérrima *bona fidei* por las características del servicio a prestar. Ese ir y venir de confianza, *con su doble dirección*, se manifiesta con la obligación del cliente de aportar colaboración y para el abogado, implicará ser competente, plenamente veraz, informativo y diligente”, conf. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “La responsabilidad profesional del abogado y el resarcimiento del daño moral”, publicado en *RCyS*, 2005, págs. 480 y s.s. La cursiva es nuestra.

¹⁷⁸ Justamente por esta relación de confianza es que muchos abogados no plasman por escrito lo básico de la prestación que pretenden ejercer y para lo cual lo contratan. Ello es de un riesgo tremendo, puesto que el abogado, actuando así, renuncia de antemano a una prueba de inestimable valor. Por ello recomendamos, junto a otros tantos juristas que trataron este tema, que se suscriba una hoja de encargo profesional por cada cliente que acuda al despacho, donde se refleje que el cliente está debidamente informado de las probabilidades de éxito de la pretensión, defensa, recurso o excepción; así como de otras cuestiones de interés, como ser el probable tiempo que demandará su encargo, los gastos que implica, la probabilidad de concretar o ejecutar la sentencia, las mismas instrucciones de su cliente, entre otros temas relevantes. En pocas palabras, que se informe sobre el riesgo comprometido y se documente lo que el cliente pretende de su abogado. En base a dicha información deberá el cliente prestar su consentimiento y ello deberá constar por escrito -consentimiento informado-. A propósito se recuerda que ya la Ley X de la Novísima Recopilación indicaba respecto del letrado “la obligación de hacer que los clientes firmen escritos, en cuanto a los hechos, para que ellos no puedan después, alegar que no se siguieron sus indicaciones”, según nos comentan GONZÁLEZ FERRER, Juan José - YBARRA LÓPEZ-GÓMEZ, Javier, “La Frustración de oportunidades del cliente por error del abogado”, en *OTROSÍ, Publicación informativa del Colegio de Abogados de Madrid*, Enero 2002, N° 33, pág. 25.

¹⁷⁹ Recordemos que la STS, Sala Segunda, de fecha 16 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 945) condena a una abogada a penas de multa, inhabilitación especial para el ejercicio profesional y resarcimiento de daños causados a su cliente, por haber engañado al mismo, incurriendo en el delito de “deslealtad profesional” por negligencia grave, tipificado en el Código Penal español en el art. 467.2. Dicha inactividad procesal (pues la abogada no inició la acción civil ante el impago incurrido por un deudor de su cliente) que tipifica el delito de deslealtad profesional ¿no constituye, en substancia, sino una defraudación a la confianza depositada en la misma?

¹⁸⁰ En algunas sentencias el Tribunal Supremo -remitiéndose a las reglas contenidas en el E.G.A.- resalta el deber u obligación de “fidelidad” que incumbe al abogado, derivándolo de la norma general del art. 1258 del Código Civil y del propio contrato que da lugar a una relación personal *intuitu personae*, tal como se resolvió, verbigracia, en las STS, Sala Primera, del 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 357); STS, Sala Primera, del 25 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1651); STS, Sala Primera, del 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372), entre otras.

Ahora bien, lo que queremos analizar someramente es si esa “confianza especial” (como expresara el art. 909 del ya derogado Cód. Civil argentino y art. 1725 del nuevo ordenamiento) está presente en *todos* los contratos de prestación de servicios profesionales y qué consecuencias prácticas tiene la misma en el vínculo que se genera entre el profesional del Derecho con su cliente.

Pues entendemos que esta confianza debiera de darse en todo contrato de prestación jurídica, incluso en aquellos nacidos merced a una asignación de oficio o fruto de la asistencia jurídica gratuita.

Además, sin dudas que este elemento *fiduciario* determina muchos rasgos típicos de la relación, tales como: la posibilidad de la revocación *ad nutum* -sin necesidad de invocar y probar alguna causa de justificación- del encargo, “cuando sobreviene una modificación objetiva e incluso subjetiva de las cualidades personales del deudor”¹⁸¹ (lo que la emparenta con el mandato, conf. arts. 1732.1º y 1733 del Código Civil español)¹⁸²; la intransmisibilidad *mortis causa* e incedibilidad *inter vivos*; un régimen especial en cuanto a la imposibilidad sobrevinida (art. 1184 Cód. Civil español); la esencialidad del error en la persona y un especial relieve de la composición de la diligencia exigible (pericia)¹⁸³.

Este último efecto es resaltado por SERRA RODRÍGUEZ quien entiende que en las relaciones de servicios profesionales es frecuente la presencia del elemento *intuitu personae*¹⁸⁴, lo que determina el carácter personalísimo de la prestación, condicionando, por tanto, el cumplimiento exacto de la obligación a las cualidades personales del deudor. Con criterio general señala dicha autora que cuando en la relación profesional se hubieran tenido en cuenta las condiciones personales -prestigio, fama, experiencia, conocimiento especiales, etc.- del deudor en la contratación, sólo existirá cumplimiento si la prestación es ejecutada por aquel profesional “concreto” con el que se contrató, de quien hasta incluso “habrá de considerarse legítima su expectativa (del cliente) de una pericia superior a la media en relación con la prestación”¹⁸⁵.

¹⁸¹ SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La relación de servicios del abogado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 25; En este sentido, entre tantos otros autores, CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil*, Thomson Civitas (Editorial Aranzadi S.A.), Navarra, 2005, pág. 70.

¹⁸² Se afirmó en tal sentido que al resultar el contrato de servicios profesionales un contrato “generalmente” *intuitu personae*, “la prestación del profesional tiene el carácter de infungible, dado que la identidad, la pericia y personalidad de éste son determinantes en la elección que el cliente realiza. La esencialidad de la persona del profesional es dato constante en la confianza que induce al cliente a confiar en él precisamente sus intereses. De ahí que sea posible que el cliente resuelva el contrato (así, art. 2237, 1º, Cód. Civil italiano) sin necesidad de invocar particulares motivos cuando por cualquier razón haya su confianza venido a menos (claro, que reembolsando al profesional los gastos realizados y remunerándole por la parte del servicio prestado)”, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., págs. 325 y 326.

¹⁸³ Conf. MONTÉS PENADÉS, Vicente L, en el Prólogo a SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La Responsabilidad Civil del Abogado*, Editorial Aranzadi S.A., 2ª ed., Navarra, 2001, pág. 26. Por su parte y tratándose de contratos de servicios profesionales “en general”, ha remarcado YZQUIERDO TOLSADA que el juego de la contratación *intuitu personae* nos ha traído como caracteres definidos de tal contrato: “la esencialidad del error en la persona; la resolución por muerte del profesional; las obligaciones de corrección y buena fe, y la responsabilidad por los actos de los sustitutos y auxiliares”, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., pág. 330. Ver también en SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La relación de servicios del abogado*, cit., pág. 25.

¹⁸⁴ Existen sentencias emanadas del Tribunal Supremo español en las cuales -con la finalidad de imputar responsabilidad civil a los abogados- se recalca como característica típica del contrato que celebran profesional del Derecho-cliente, la naturaleza *intuitu personae* del mismo. En efecto en la STS, Sala Primera, del 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 357) puede leerse que “la prestación de servicios, como relación personal *intuitu personae* incluye el deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que deriva de la norma general del artículo 1258 Cc y que impone al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado”. Y la STS, Sala Primera, del 25 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1651) que señala en reiteradas oportunidades esta relación personal, *intuitu personae*. Así, “En el contrato de prestación de servicios... que se funda en una relación de confianza, *intuitu personae*, propia de este contrato: así lo expresa explícitamente la sentencia de 9 de febrero de 1996 (RJ 1996, 865)... como la de 30 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2306) que dice: el contrato de arrendamiento de servicios se encuentra en el grupo de contratos en el que las relaciones tienen en cuenta el principio *intuitu personae*...”, F. D. 3º. Más adelante -en el texto y a lo largo de este capítulo- analizaremos el sentido de estas expresiones. Es decir, el alcance que debe asignársele a esta pregonada cualidad *intuitu personae* que impregnaría el vínculo abogado-cliente.

¹⁸⁵ SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La Responsabilidad Civil del Abogado*, cit., pág. 129. Debido al método que empleamos, esta cuestión la estudiaremos específicamente en el capítulo tercero, donde analizaremos si el profesional del Derecho debe responder, entre otras cuestiones, por culpa levísima.

"

Debe quedar claro -como señala la mentada jurista en otra obra- que “Sólo cuando se hayan tenido en cuenta expresamente al pactar el contrato las cualidades del deudor el *intuitu personae* aparece con una especial relevancia integrando la prestación”¹⁸⁶.

Pero existe otra característica -recién anticipada- que puede darse en dicha relación, que también se vincula con la confianza especial que deposita, o mejor dicho “debiera” depositar el profano en un experto: la *infungibilidad* de la prestación. En este aspecto nos detendremos brevemente.

Conviene aclarar que, si bien normalmente se usan como sinónimos los conceptos del *intuitus*, fiducia e infungibilidad, compartimos la opinión de MONTÉS PENADÉS cuando señala que al menos en el marco teórico se pueden distinguir. Así, la fiducia es un elemento característico de la relación, en tanto que el *intuitus* lo es de la prestación y puede darse en relaciones fiduciarias o no, cuando las partes así hayan estipulado, aunque también se supone presente en ciertas relaciones como una suerte de elemento natural¹⁸⁷.

El citado jurista explica que la confianza o fiducia consiste en un especial modo de ser de la “*fides*” que caracteriza ciertos contratos (vg. el mandato, la sociedad civil y el depósito -al que podemos agregar el de “servicios profesionales jurídicos”, entre otros contratos-) “y que se conecta, más que a las cualidades personales de una de las partes, a la especial posición en que va a encontrarse en el desarrollo de la relación”¹⁸⁸.

A su turno, “el efecto del *intuitus* se produce sobre la conducta solutoria, que ha de ser llevada a cabo por el propio deudor: la infungibilidad. Pues la prestación realizada por otro determina un ‘*aliud pro alio*’. La prestación, en cuanto la conducta que debe ser medida desde la integridad y desde la identidad, sería defectuosa desde este último punto de vista (art. 1166.II CC)”¹⁸⁹. Pero a partir de cierto grado de pericia siempre exigible (pericia en sentido objetivo), concluye el autor que no cabe afirmar que la prestación profesional del abogado sea rigurosamente *intuitu personae*.

Tal diferenciación y conclusión compartimos plenamente y más adelante veremos cómo el mismo E.G.A. admite que el profesional en numerosas ocasiones recurra a auxiliares y sustitutos para el cumplimiento de la prestación. Incluso es posible contratar con despachos colectivos de abogados -bufetes- y hasta con sociedades de abogados y estudios multidisciplinarios. También vamos a tener en consideración, lógicamente, lo que dispone sobre el particular el nuevo Código Civil y Comercial argentino.

Así las cosas, entendemos que “todos” los contratos de servicios profesionales jurídicos debieran de estar impregnados de una confianza especial, la cual debiera ser, además, *mutua* entre ambos contratantes. A su vez, ello no determina, *per se*, que el contrato referido sea “siempre” *intuitu personae*, y mucho menos que la prestación resulte ser “siempre” infungible. En todo caso debiéramos *aggiornar* el concepto, sentido y alcance del *intuitus*, tal como proponemos más adelante, puesto que tales temas serán analizados en este capítulo, sirviendo lo manifestado como mero punto de partida.

4) Responsabilidad indirecta.

Ahora bien, existen numerosas situaciones en las cuales el letrado del Derecho realiza su prestación profesional en conjunto con otras personas.

En efecto, es muy común que el abogado se valga de *auxiliares* y *dependientes* que le ayudarán a cumplir íntegramente su débito profesional. También debe estudiarse el caso en el cual el profesional acude a un *sustituto* para el desempeño prestacional. Por otra parte, es admisible que el abogado sea *dependiente* de otra persona -verbigracia, una empresa, sociedad, o el mismo Estado-, cuestión que despierta nuestro interés. También debemos hacer

¹⁸⁶ SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La relación de servicios del abogado*, cit., pág. 25.

¹⁸⁷ MONTÉS PENADÉS, Vicente L., “Perfiles jurídicos de la relación de gestión”, en *Contratos de gestión*, Cuadernos de Derecho Judicial, Separata, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, s.d., pág. 34 y en el Prólogo a SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La Responsabilidad Civil del Abogado*, cit., pág. 26.

¹⁸⁸ MONTÉS PENADÉS, Vicente L., “Perfiles jurídicos de la relación de gestión”, en *Contratos de gestión*, cit. pág. 28. Ver también en SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La relación de servicios del abogado*, cit., pág. 24.

¹⁸⁹ MONTÉS PENADÉS, Vicente L., en el Prólogo a SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La Responsabilidad Civil del Abogado*, cit., nota 8, pág. 27.

mención a una realidad innegable: la existencia de *despachos colectivos* y la posible formación de *sociedades de profesionales* y de *estudios multidisciplinarios*. Inmediatamente pasaremos a desarrollar estos temas así anunciados.

4.1. Auxiliares y dependientes del abogado.

En su actuación profesional el abogado puede valerse de *auxiliares*. Éstos a su vez pueden ser *dependientes*. Cumple aclarar que no es necesario que lo sean para que pueda aplicárseles las reglas que sentaremos a continuación.

En efecto, así como el médico se vale de secretarias y enfermeras (o médica, y secretarios y enfermeros, claro está), el letrado generalmente está asistido por unos “colaboradores” que le facilitan el cumplimiento de la prestación profesional comprometida. Tales ayudantes pueden trabajar gozando de un sueldo fijo y teniendo un horario preestablecido, como así también pueden tener tareas determinadas de antemano. Muchos de estos “asistentes” estarán amparados por la legislación laboral y se podrá decir de los mismos que son verdaderos “dependientes” del profesional en cuestión, al que estarán vinculados mediante un contrato de trabajo (o al menos mediará entre ambos alguna “relación” laboral).

Pueden existir tales características, repetimos, en esa relación profesional-auxiliar. Pero éste es un concepto muy amplio en el que se enrojan, también, situaciones en las cuales no existe una real “dependencia” del colaborador hacia el profesional.

De todas formas, al cliente no le interesa -ni puede saberlo- si aquella persona que cumple una función de cooperación o colaboración con el profesional está o no vinculada a través de un contrato de trabajo u otra relación análoga. Lo que sí le interesa es que la prestación asumida por el profesional sea llevada a cabo con el máximo de celo, diligencia y pericia exigibles y así cumpla la finalidad que le diera origen.

Efectivamente, si bien el contrato de servicios profesionales es normalmente un contrato *intuitu personae*¹⁹⁰ -o al menos basado en una confianza especial- no hay obstáculo serio que nos impidan señalar que en realidad el cliente deposita su confianza no tanto en un profesional individual sino mas bien en su “organización” o “empresa”.

Por ello es importante para el profano observar la estructura con la que cuenta el mencionado profesional, quiénes son sus colaboradores, cuáles sus colegas y Estudios o sociedades vinculados, con qué respaldo patrimonial cuenta en caso de incumplimiento de la prestación, si tiene suscripto a título personal o colectivo algún seguro de responsabilidad civil, etcétera. Todo ello tiene el cliente en vista -o debería tenerlo- cuando concluye el contrato de servicios profesionales. Por ello nosotros preferimos hablar de un *intuitu “empresarial”* que estaría reemplazando al clásico *intuitu personae*, debido a que la confianza del profano está depositada en el prestigio de la “empresa profesional”, y no tanto en el profesional concreto, específico o determinado con el que contrata.

Ahora bien: ¿qué sucede en el hipotético caso que la prestación sea incumplida por causa imputable al actuar de este auxiliar, dependiente o no del profesional?

Como regla cabe contestar ante tal interrogante que el profesional deberá responder ya que como “principal” obligado su responsabilidad se amplía hacia las personas que están bajo su dirección y control¹⁹¹. Por supuesto que el daño debe haberse cometido como consecuencia o en ocasión del cumplimiento (o incumplimiento) del débito profesional.

Entonces: la responsabilidad del profesional se “extiende” hacia aquellos que están bajo su dependencia o que intervinieron en su beneficio en la ejecución de la prestación comprometida. Tal el caso de las secretarias, los “pasantes de pluma”¹⁹², los aprendices, e incluso de otros letrados que actúen en función específica del abogado principal.

¹⁹⁰ Entre otros tantos autores ya citados, ver BARRAZA, Javier Indalecio, “Una sentencia paradójica. La responsabilidad de los profesionales”, *La Ley* 2000-E, págs. 285 y s.s. Recordemos que el Tribunal Supremo español en varias oportunidades ha resaltado esta nota del *intuitu personae*. Remitimos a las sentencias que hicimos referencias un par de notas atrás, evitando incurrir en repeticiones inútiles.

¹⁹¹ No se vea, en tal aserto, que tomamos partido por la doctrina de la culpa *in vigilando*.

¹⁹² En cuanto a la “nebulosa” figura del *pasante*, por regla joven licenciado en Derecho, se ha señalado con todo acierto que muchas veces la pasantía ha sido una forma de explotación encubierta y que no debe seguirse

Acerca del factor de atribución¹⁹³ de tal responsabilidad remitimos a las numerosas obras que tratan sobre la responsabilidad del principal por el hecho de sus dependientes.

Por último, si bien tal responsabilidad es por “hechos ajenos” (aunque no tan “ajenos”) no por ello dejará de ser de naturaleza “contractual”. Por ello afirmamos que en estos casos estaremos ante una *responsabilidad indirecta*¹⁹⁴ o *refleja, pero de carácter contractual*¹⁹⁵. Claro que a esta responsabilidad del principal -profesional- se superpondrá la del auxiliar, pero éste responderá *directamente* frente al cliente y aquí sí que estaremos ante un caso de *responsabilidad extracontractual*¹⁹⁶. Es decir que *habrá una responsabilidad*

pensando -tal como se hacía tiempo atrás- que la contraprestación de un despacho a un pasante consista en formar en la profesión al mismo, como si se tratase de una prestación en especie de tipo intelectual, o un trabajo no retribuido por móviles de maestro a discípulo. Sin dudas que en ocasiones conflictivas, por otro lado, serán los tribunales quienes tendrán que precisar el tipo de relación que existe entre el pasante y el despacho individual o colectivo; por ello sería deseable en el futuro un soporte legal ajustado a las particularidades de esta forma de colaboración, siendo una buena referencia, al menos en el Derecho español, seguir las directrices que contiene el Código de la Abogacía Catalana, el cual ofrece un marco completo del “contrato de pasantía” -arts. 19 a 25-, conf. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad Profesional, cit.*, págs. 232 y s.s. Compartimos los lineamientos expuestos por los autores citados, pero disentimos cuando afirman que la responsabilidad del abogado titular (o del despacho colectivo, sociedad de abogados, etc.) es directa, amén de la responsabilidad disciplinaria personal que corresponde al pasante. En nuestra tesis la responsabilidad del principal es de naturaleza refleja, tal como se apunta en el texto.

¹⁹³ Sea éste subjetivo (culpa *in eligendo* e *in vigilando*); ya “intermedio” (presunción irrefragable de culpa, culpa social); sea objetivo (teoría de la sustitución o representación, obligación legal de garantía, teoría del riesgo-provecho, equidad, etcétera). Dicho sea de paso, resaltaremos aquí que el nuevo Código Civil y Comercial argentino determina que el principal responderá “objetivamente” por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve. Además, dicha responsabilidad del principal es “concurrente” con la del dependiente (o de la persona de la cual se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones). Todo ello según el art. 1753 que más adelante citaremos en el texto.

¹⁹⁴ Por cierto que existe una postura que afirma que tal responsabilidad sería “directa”. En este sentido, hablando de la responsabilidad derivada del incumplimiento del *tercero* (dependiente o no) que introduce el letrado para el cumplimiento de los deberes (primario, secundario o de seguridad) asumidos frente al cliente (responsabilidad del deudor por “hecho ajeno”) el nuevo Código argentino establece estas reglas, según Boragina y Meza, a saber: “1. La inejecución de la obligación por parte del auxiliar o sustituto autorizado para ello, compromete la responsabilidad del deudor autorizante (arts. 776 y 1753, CCyC). 2. Resulta indiferente que el tercero ostente calidad de dependiente, bastando con que haya sido autorizado por el deudor para sustituirlo. 3. La responsabilidad del deudor abarca el incumplimiento de los deberes primarios y secundarios de prestación y los deberes de protección en que hubiere incurrido el tercero ejecutor. 4. La responsabilidad del deudor por incumplimiento de los deberes de protección (obligación de seguridad) derivará de la mera circunstancia de que el daño haya sido producido en ejercicio o con ocasión del desarrollo del plan de prestación correspondiente a la obligación primaria (art. 1753 cit.). 5. La responsabilidad del deudor resulta directa y objetiva. La investigación de la conducta desarrollada efectivamente por el auxiliar se debe realizar con la única finalidad de demostrar el incumplimiento material de los deberes de prestación o protección asumidos contractualmente por aquélla. 6. El factor de atribución aplicable al caso -sea en relación al incumplimiento de la obligación primaria como a la de seguridad- es objetivo, cualquiera sea la naturaleza de dichas obligaciones. 7. El auxiliar resulta también responsable frente al acreedor por el incumplimiento de las prestaciones comprometidas en el contrato de prestación profesional. Su responsabilidad resulta concurrente con la del deudor, pudiendo ser demandados conjunta o separadamente (art. 1773, CCyC). 8. Ambos gozan de acciones recíprocas de repetición o regreso (art. 851, inc. h, CCyC)”, conf. BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, “La responsabilidad del abogado frente al cliente en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho de Daños, 2016-3, Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, págs. 212 y 213.

Pueden observarse las coincidencias y divergencias con dichos autores, según lo que sostenemos en el texto. Por de pronto no nos convence que siempre sea objetiva dicha responsabilidad, o que sea directa frente al deudor principal, o que se hable indistintamente de auxiliar o sustituto. En lo demás estamos de acuerdo. Y respecto de la posible responsabilidad directa del letrado, sinceramente no encontramos mayores reparos en admitir tal parecer si acaso en el ordenamiento jurídico se faculte a la víctima en accionar “directamente” en contra del principal, sin pasar por la antesala de la litis frente al dependiente, o con completa independencia de éste. Por ahora creemos acertado presentar la responsabilidad del principal como si se tratase de una responsabilidad refleja, más allá de que ambos puedan ser demandados conjunta o separadamente (conf. art. 1773 del nuevo Código que literalmente señala que “El legitimado tiene derecho a interponer su acción, conjunta o separadamente, contra el responsable directo y el indirecto”, pero jamás determina quién es uno y quién el otro).

¹⁹⁵ En contra de esta postura se encuentra JARAMILLO SÁNCHEZ, *La responsabilidad civil derivada del ejercicio profesional del Derecho*, Pontificia Universidad Javeriana-Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Bogotá, 1988, págs. 177 y ss. Si bien tal autor comenta a propósito del art. 2347 del Código Civil de Colombia, afirma, además, que el fundamento del deber de responder del principal radicaría en “la obligación de vigilancia o de buena elección”, *ob. cit.*, págs. 179 y 182, criterio que, dicho sea de paso, en la actualidad se encuentra casi superado.

¹⁹⁶ Con idéntico parecer, CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad, ob. cit.*, pág. 77, para quien cualquier demanda de responsabilidad por parte del cliente en contra de los auxiliares y colaboradores del abogado, tendrá que sustanciarse por la vía del artículo 1902 del Código Civil español, puesto que ellos -los

"

*indirecta de naturaleza contractual respecto del abogado principal*¹⁹⁷ y otra directa pero *extracontractual referida al auxiliar*. Ambos serán responsables frente a la víctima -ex cliente- en forma *concurrente* quedando a salvo, empero, las *acciones de regreso* que pudieren corresponder¹⁹⁸.

En cuanto al Derecho argentino es importante tener en consideración que el artículo 732 del nuevo Código Civil y Comercial hace referencia a la actuación de “auxiliares” estableciendo el principio de equiparación al disponer que el incumplimiento de las personas de las que el deudor “se sirve” para la ejecución de la obligación se *equipara* al derivado del propio hecho del obligado.

A su turno el art. 1753 de ese mismo ordenamiento normativo determina que el “principal” (letrado en nuestro caso) responderá “objetivamente” por los daños que causen los que están bajo su “dependencia”, o las personas de las cuales se “sirve” para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas. También aclara que la falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal y que tal responsabilidad es “concurrente”, como señalamos *ut supra*.

Dicha equiparación mencionada en la primera de las nóveles normas citadas no significa otra cosa que la plena responsabilidad del principal obligado, el letrado en nuestro caso. La única diferencia radica -como expusimos en el texto- en que el autor del incumplimiento responderá en forma directa frente al insatisfecho cliente, en tanto que el letrado lo hará en forma indirecta, por el hecho de un tercero por el que debe responder.

También en la Propuesta de Reforma al Código Civil español se prevé esta situación en la cual el deudor incurre en responsabilidad por sus auxiliares y colaboradores, adoptando dicho principio de equiparación, al determinar en el art. 518-2 que “Si el deudor se sirve del auxilio o colaboración de un tercero para el cumplimiento, los actos y omisiones de éste se imputan al deudor como si los realizase él mismo”¹⁹⁹.

Como se dijo, además, el abogado responderá bajo la órbita de los todavía subsistentes principios contractuales (vg. art. 1728), en razón que el cliente se vinculó con él; en tanto que el auxiliar, dependiente o no, lo hará bajo los dogmas extracontractuales. Y ambos responderán en forma “concurrente”, pues si bien son obligados juntos frente a la víctima, se constata en la especie la existencia de distintas causas que dieron génesis al deber de responder (conf. arts. 850, 1751, 1753 y c.c. del nuevo C.C.C.).

Por supuesto que sólo responderá el profesional siempre que el hecho dañoso haya acaecido “en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas”, tal como el propio art. 1753 se ocupa de esclarecer. Así que si bien su responsabilidad será objetiva (en cuanto a la atribución que le corresponde desde el causante del daño hacía él), lo es bajo esos parámetros que limitan la responsabilidad derivada de la actuación de los auxiliares y dependientes a actos que efectivamente estén vinculados con las funciones “encomendadas”.

4.2. Abogados sustitutos y delegados.

La cuestión referida a si es o no permitido al profesional valerse de *sustitutos* para el cumplimiento de su prestación merece una especial atención. Por cierto que es necesario

colaboradores y auxiliares- no forman parte de la relación contractual, cuestión que compartimos sin reparo alguno.

¹⁹⁷ Aunque referido al caso de la responsabilidad de la empresa que se vale de sus abogados -auxiliares o dependientes-, afirma SERRA RODRÍGUEZ que “La mayoría de la doctrina española estima que, a pesar de no existir una norma que con carácter general consagre la responsabilidad del deudor por sus auxiliares (a diferencia de lo que sucede en el Derecho alemán o el italiano), se puede afirmar la vigencia de un principio general de responsabilidad contractual indirecta”, *Responsabilidad Civil...ob. cit.*, pág. 343.

¹⁹⁸ Si bien en numerosos Códigos Civiles (por ejemplo, el artículo 1903, párrafo 4º del Código Civil de España; artículo 497 del Código de Portugal; artículo 2055 del Código italiano de 1942; artículo 51 del Código Suizo de las Obligaciones, etcétera) se contempla esta acción “recursoria”, es claro que en la práctica poco se usa, ya que por regla el dependiente (como el auxiliar) es insolvente. Ver en tal sentido la obra de KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Daños causados por los dependientes. Modernas tendencias jurisprudenciales*, en “Responsabilidad Civil”, Nº 11, Alberto J. Bueres (Director), Hammurabi, Buenos Aires, 1992, pág. 161.

¹⁹⁹ Ver: *Propuesta de Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Tecnos, Madrid, 2018.

distinguir esta situación de la anterior que versaba sobre la posibilidad de la utilización de auxiliares y dependientes en el desempeño solutorio profesional²⁰⁰.

Por supuesto que no se generarán dudas cuando en el “contrato de servicios profesionales”²⁰¹ se haya previsto la posibilidad que el deudor principal coloque en su lugar a otra persona para el cumplimiento de su obligación. En tal caso la sustitución será perfectamente válida y tanto resultará al acreedor que la prestación la hubiere cumplido el profesional con el cual se vinculó, o un colega por éste designado expresamente y que cuenta con el consentimiento del cliente.

Como contrapartida, tampoco se crearán dificultades hermenéuticas en aquellas situaciones en las cuales estén específicamente prohibidas tales sustituciones. El deudor original, en tales hipótesis, no podrá valerse de sustitutos para el cumplimiento prestacional.

Tampoco podrá valerse de sustitutos cuando el cliente haya elegido a un “concreto” abogado, determinándolo específicamente, individualizándolo en un probable grupo o equipo profesional, para que él, y no otro colega suyo, realice el débito profesional, defienda sus intereses. En efecto, quizás seducido por su fama, el prestigio alcanzado, sus altos cargos académicos, su valorada especialidad, o simplemente por mera intuición, simpatía o por despertar cierta “confianza” especial, el cliente puede válidamente elegir a “su” letrado para que sólo él intervenga en el asunto pertinente. De hecho, quizás esta elección particular se encuentre reflejada en la contraprestación que deberá afrontar el cliente, puesto que los honorarios que eventualmente perciba ese abogado en particular probablemente serán superiores a los que podría percibir un colega suyo no provisto de esos dotes singulares que el cliente sí los tiene en consideración.

Ahora bien, si tal posibilidad de sustitución no estaba pactada expresamente en forma positiva, aunque tampoco vedada, ni se realizó mención alguna en el contrato que un “concreto profesional” deba desempeñar esa función ¿se considerará incumplimiento de la prestación profesional el hecho que otro colega autorizado por el deudor principal sea el que haya realizado el encargo?

Si nos apegamos al concepto clásico del *intuitu personae* es evidente que habrá incumplimiento. Ello porque para el acreedor no le resulta indiferente las cualidades personales del profesional con el que contrató o se vinculó. Sólo en él depositó su confianza y de éste espera un óptimo cumplimiento obligacional. No puede ejecutarse la prestación por una tercera persona, ya que tal prestación es *infungible*.

Distinta será la respuesta si aplicamos el moderno concepto del *intuitu empresarial* (o si diferenciamos la fiducia del *intuitus* y de la infungibilidad de la prestación, tal como lo hicimos en el acápite anterior), debido a que en tal caso el acreedor de la prestación profesional al depositar su confianza en el profesional “originario” se presume que también la depositó en todo el personal, grupo o equipo, que de alguna forma está ligado a éste. Ello, claro está, a no ser que haya elegido a un determinado profesional, como se apuntó.

Es digno de resaltar que en el Código italiano de 1942 existe una disposición especial para estos casos. En efecto, su artículo 2232 dispone que “*Il prestadore d’ opera deve eseguire personalmente l’incarico assunto*”. Es decir que se sienta como regla que el profesional -*prestadore d’ opera*- debe seguir o cumplir *personalmente* el encargo asumido. Pero este principio, sentado de manera tan clara, es desvirtuado en gran medida en forma

²⁰⁰ Al parecer no realizan tal distinción los especialistas SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *ob. cit.*, págs. 343 y 344, e YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “La responsabilidad civil de los profesionales liberales en el ejercicio de grupo”, cap. IX de *La responsabilidad civil profesional*, Luis Martínez Calcerrada, Editorial Colex, Madrid, 1996, pág. 298.

²⁰¹ Contrato que bien puede hacerse en forma verbal. Sin embargo, es digno recalcar que la forma escrita protege sobremanera a ambas partes, en especial al profesional. Si tal posibilidad de sustitución estaba pactada en forma verbal -que, dicho sea de paso, constituye la regla de conclusión del contrato de prestación de servicios profesionales jurídicos- es claro que el profesional tendrá un problema referido a la prueba -ya que se trata de una forma impuesta solo al efecto *ad probationem*- y al menos en el Derecho argentino tendrá el plus de no poder utilizar a “exclusivamente” a testigos para acreditar la realización de tal contrato en esos términos (doctrina del artículo 1193 del Código Civil de Vélez y arts. 1019 y 1020 del nuevo Código -por supuesto siempre con las conocidas excepciones de “imposibilidad de obtener dicha prueba”; o si existe “principio de prueba instrumental”; o “comienzo de ejecución”, excepción esta última muy aplicable a los casos como los tratados).

inmediata, pues la misma disposición continúa diciendo que “*Può tuttavia valersi, sotto la propria direzione e responsabilità (c. 1228), di sostituti e ausiliari, se la collaborazione di altri è consentita dal contratto o dagli usi e non è incompatibile con l’ oggetto della prestazione (c. 1717)*”. Es decir que en los casos en los cuales no fuese incompatible con el objeto de la prestación, el deudor profesional puede valerse tanto de sustitutos cuanto de auxiliares si tal colaboración fuere consentida en el contrato, o si los usos lo permitieren.

Ahora bien: ¿son trasladables estas reglas contenidas en el Código italiano de 1942 a otros países? Ya habíamos señalado la laguna legal en la que se encuentran la mayoría de las legislaciones hispanoamericanas en lo referido al contrato de servicios profesionales²⁰².

Por nuestra parte creemos que estas premisas son compatibles, en general, con los principios que imperan en ordenamientos en los cuales no existe una regulación específica del contrato de servicios profesionales. Por lo tanto, son válidas tales reglas. Sin embargo, cumple hacer algunas disquisiciones necesarias. Por ejemplo: si nos encontramos frente a una situación en la cual se demandó al profesional realizar un “hacer personalísimo”²⁰³, no podrá el mismo valerse de la actuación de un sustituto. Sí, en cambio, de la colaboración de los auxiliares, pues éstos no cumplen una función primordial en el desempeño deudor. Son meros ayudantes, muchas veces dependientes del profesional²⁰⁴.

Así debe entenderse la exigencia que al final del artículo que comentamos expresa que la colaboración del sustituto o del auxiliar no sea “*incompatibile con l’ oggetto della prestazione*”.

En esta línea de pensamiento CRESPO MORA entiende que para decidir en cada caso particular “si la prestación está investida del carácter *inutitu personae* habrá que atender, no sólo a la naturaleza del negocio o tipo contractual, sino también a lo que las partes hayan establecido expresamente en el contrato (si el cliente identifica contractualmente al profesional encargado de gestionar y defender sus intereses) y a las circunstancias concurrentes que rodean al profesional (cualidades profesionales del letrado, que sea especialista en una determinada rama del Derecho, etc.)”²⁰⁵. En general compartimos tal parecer, con las salvedades que exponemos en el texto y en las notas pertinentes.

De todas formas, tanto si la sustitución estaba vedada expresamente, o no resulta del uso foráneo, o no sea compatible con el objeto de la prestación, si se recurre a ésta se tendrá por “incumplido” tal contrato. Ello no genera dudas, al menos para nosotros²⁰⁶.

Ahora bien, para que nazca la responsabilidad civil en cabeza del profesional del Derecho será menester, aún, que se configuren los demás “requisitos” de la responsabilidad civil. A propósito de éstos, bien podría engendrarse un daño moral en los casos de

²⁰² Es muy distinta la situación en Italia ya que su Código sí trata lo referido a la “profesión intelectual”. En efecto, véase: *il Codice Civile, libro quinto -del lavoro-, titolo III -del lavoro autonomo-, capo II “Delle professioni intellettuali”*, -arts. 2229 a 2238-, ver: DE NOVA, Giorgio, *Codice civile e leggi collegate*, Zanichelli, Milano, 1993. En Argentina, cabe aclarar, que su nuevo Código Civil y Comercial ahora sí contiene algunas disposiciones que hacen referencia directa a esta materia, tal como expresaremos en el texto *infra*.

²⁰³ Como podrían ser aquellas situaciones en las cuales se encuentra involucrada alguna cuestión de familia, o en el ámbito penal -por ejemplo, delitos contra el honor, la honestidad, etcétera-. Todavía podríamos preguntarnos si se considera incumplimiento aquella ocasión en la cual el cliente contrata específicamente con un abogado especialista de reconocida trayectoria en el medio y éste deriva su caso -solapadamente- a un colega suyo. En nuestro sentir en este particular caso sí hay incumplimiento, lo que no generará *per se* la responsabilidad civil del profesional, como se dirá más adelante.

²⁰⁴ En igual sentido, CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado*, cit., pág. 77. Se debe aclarar que la mentada jurista primero señala que si al abogado se le solicita un hacer “personalísimo”, el mismo “en principio, no podría utilizar sustitutos, ni colaboradores o auxiliares”, *ob. cit.*, pág. 73, pero más adelante señala que el carácter *intuitu personae* de la prestación constituye “un obstáculo a la utilización de sustitutos en la prestación del servicio, pero no a la utilización de auxiliares y colaboradores”, *ob. cit.*, pág. 77. Nosotros compartimos este último parecer por las razones que exponemos en el texto, y creemos que es la que prevalece en la obra que comentamos, puesto que al principio parece ser que realiza alegaciones genéricas para luego sí indagar cada cuestión en particular. Esperamos no mal interpretar a la autora en cuestión con esta “aparente contradicción”.

²⁰⁵ CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado*, cit., pág. 75.

²⁰⁶ En contra MONTÉS PENADÉS, Vicente, “Perfiles jurídicos...”, *art. cit.*, pág. 35.

"

sustituciones prohibidas -expresa o tácitamente-²⁰⁷. Pero estas cuestiones las estudiaremos más adelante.

Por cierto que *la responsabilidad que podrá nacer como consecuencia del actuar imperito del sustituto será de naturaleza contractual -frente al cliente, por supuesto- tanto respecto del profesional obligado originalmente, cuanto del que "ocupó" su lugar en el iter prestacional. Sin embargo, hay que puntualizar que la responsabilidad del sustituto será por hecho propio -directa- a diferencia de la del primer obligado que estaría configurada por el actuar culposo del sustituto, por lo tanto de naturaleza refleja o indirecta.*

Por esta misma razón -y otras tantas- afirmamos que el factor de atribución respecto del obligado original no es la culpa -ni *in vigilando*, ni *in eligendo*, ni presumida- sino mas bien alguno de color objetivo como podría ser el riesgo-provecho, el crédito a la seguridad especial, o la garantía emanada del principio de buena fe contractual, etcétera. Por ello es que se exigirá, en nuestro sentir, culpa -impericia- en el sustituto, pero no en el sustituido. Es más, si en verdad se probare culpa en el *sustituido ya podríamos encontrarlos, incluso, frente a una responsabilidad directa de éste*, en nuestro modesto sentir. Pareciera que los criterios subjetivos funcionan mejor en los casos de atribuibilidad directa, mientras que los objetivos en aquellas responsabilidades refleja u oblicuas.

Por último, como ambas responsabilidades nacen merced del contrato de servicios profesionales -de su incumplimiento- aquí sí podremos hablar válidamente de *responsabilidad solidaria*. Obviamente, solidaridad entre el sustituto y el sustituido quienes serán responsables por toda la deuda frente al cliente perjudicado, quien puede optar por accionar contra uno u otro, o ambos a la vez, quedando a salvo, como siempre, las acciones de regreso que pudieren corresponder luego de constatar la verdadera "causa"²⁰⁸ del daño irrogado.

Ahora bien, respecto del Derecho argentino debemos tener en consideración, principalmente, los siguientes artículos del nuevo Código Civil y Comercial, a saber: 776, 1254, 1278, 1725 y 1768. Como es sabido, el artículo 1768 ordena aplicar las reglas de las "obligaciones de hacer" a la prestación de servicios profesionales. Por su parte, el artículo 776 (que ya alude a las obligaciones de hacer) nos refiere a la posibilidad de incorporar "terceros" en la ejecución del contrato, estableciendo que por regla la prestación puede ser ejecutada por persona distinta del deudor, a no ser que, de la convención, de la naturaleza de la obligación, o de las circunstancias, resulte que éste fue elegido por sus cualidades para realizarla personalmente. Como se observa hasta aquí las reglas del novel sistema argentino se parecen demasiado a aquellas que mencionamos del Código italiano de 1942.

Ahora bien, también señala esa misma norma (art. 776) que se presume esa elección "personal" en los contratos que suponen una "confianza especial". Aquí ya la cuestión es distinta a la solución italiana y compleja de resolver, pues si se entiende que el contrato de prestación de servicios profesionales (jurídicos) conlleva "siempre" esa mentada confianza especial, pues ante casos de silencio de las partes, sólo podrá ejecutar la obligación el profesional concreto con quien se vinculó el cliente, aunque nada se haya estipulado con respecto a la ejecución de la prestación.

²⁰⁷ En contra CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado*, cit., pág. 78, quien asevera que con independencia de los problemas que pueden generarse desde el punto de vista del "incumplimiento contractual" (lo que admite expresamente) "la prestación personalísima desempeñada satisfactoriamente aunque no por el deudor que se comprometió a ello, parece evidente que tal comportamiento no provocará la responsabilidad civil del mismo, por la ausencia del elemento desencadenante de cualquier juicio de responsabilidad civil: el daño". No compartimos tal parecer, puesto que se olvida del posible perjuicio espiritual o inmaterial (moral) que puede provocar tal incumplimiento. Por otro lado, proclamar que en la especie existe incumplimiento (como hace la autora en pág. 76 de la *obra citada*) pero que ello no generará "nunca" la responsabilidad civil por falta del elemento central -daño-, no nos resulta del todo coherente y prácticamente deja sin sentido al mentado "incumplimiento". No se vea en nuestra postura la confusión de algunos "requisitos" necesarios para que nazca la responsabilidad civil, simplemente véase la posibilidad de engendrar en situaciones como las planteadas algún tipo de perjuicio extrapatrimonial.

²⁰⁸ Técnicamente, "impericia" en función, o con relevancia, causal.

"

Por su parte, el artículo 1254 establece que el contratista o prestador de servicios puede valerse de “terceros”²⁰⁹ para ejecutar el servicio, excepto que de lo estipulado o de la índole de la obligación resulte que fue elegido por sus cualidades para realizarlo personalmente -en todo o en parte-. También agrega esa norma que en cualquier caso, el prestador de servicios conserva la dirección y la responsabilidad de la ejecución²¹⁰.

A su turno, el artículo 1278 puntualmente señala que la norma recién transcrita, entre otras²¹¹, al igual que las que corresponden al capítulo concerniente a las “obligaciones de hacer”, se aplicarán a la prestación de servicios.

Por último, el artículo 1725 del nuevo Código dispone, en la parte que ahora nos interesa, que cuando existe una “confianza especial” entre las partes, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. También señala que en esos casos se va a estimar el grado de responsabilidad teniendo en consideración la condición especial del agente.

Vale decir, y más allá de alguna reiteración de principios (lo que sucede con marcada frecuencia en el nuevo Código), el novel sistema argentino al parecer es aún más exigente para el profesional que aquel que citamos referido al ordenamiento italiano. Ello puesto que, en caso de silencio de las partes, si aplicamos las nuevas normas del Código Civil y Comercial de Argentina, habrá que entender que el profesional debe cumplir personalmente el encargo asumido (tal vez, independientemente de que los usos y costumbres avalen algún tipo de sustitución), haciéndose más hincapié en la “confianza especial” que media -o debiera mediar- entre las partes en estos tipos de contratos.

Por nuestra parte, no obstante, creemos que es aún factible establecer muchos distingos en las diversas situaciones que pueden presentarse en la variadísima realidad. Más allá de esa mentada confianza especial, la cual siempre debe protegerse, creemos que es factible “extender” la misma a todo el equipo profesional, y no tan sólo al originario o primitivo profesional, si no se ha pedido su cumplimiento en forma personal.

Además, hay que tener en consideración la “naturaleza” del encargo requerido del profesional, pues no es lo mismo delegar un asunto sin mayores complicaciones y de índole netamente patrimonial (e incluso de escaso valor²¹²), que hacer lo mismo con alguno dificultoso, o de fuerte impacto económico, o de naturaleza penal, o que aluda a cuestiones personales, personalísimas, o al Derecho de Familia, en donde estimamos prohibida -o al menos sumamente dudosa- dicha sustitución. Por otro lado, no debe perderse de vista que en general los “usos, prácticas y costumbres”, en el novel Código argentino, “son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”, conforme a su art. primero. De todas formas, cada caso debe ser analizado en su singularidad.

²⁰⁹ Por cierto, no existe nada más indefinido que el concepto de “tercero”, dada la amplitud que conlleva. Ver: PADILLA, Rodrigo, *Cuestiones sobre Derecho Registral, Notarial y responsabilidad del escribano*, 2ª edición corregida, aumentada y actualizada con el nuevo Código Civil y Comercial, Editorial UNSTA, Tucumán, 2016.

²¹⁰ Respecto de la norma recién transcrita en el texto (art. 1254 CCyC), ha dicho nuestro colega y amigo Carlos Hernández que “Esa cooperación podrá darse mediante la incorporación de dependientes, o a través de otros contratistas o prestadores autónomos, en este último caso, mediante el mecanismo de la subcontratación. Cualquiera sea la modalidad de cooperación elegida, el CCyCN precisa que la actuación de los terceros se hará bajo la dirección y responsabilidad del contratista o prestador originario, solución que guarda armonía con las normas del subcontrato (en especial, el art. 1072, CCyCN, relativo a las acciones de que dispone quien no ha celebrado el subcontrato), y las referidas a la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (art. 1753, CCyCN)”; también nos refiere que el mentado art. 1254 habilita al “subcontrato en los tipos contractuales de obra y servicios. La fórmula presenta simetría con los artículos 1069 y 1070 del CCyCN, que definen en general al contrato derivado, al que aceptan con amplitud, salvo en los casos en que el negocio sea *intuitu personae*, o se haya prohibido por cláusula contractual. De este modo, el art. 1254 del CCyCN se inscribe dentro de la nómina de reglas especiales previstas para el subcontrato en algunos tipos contractuales”, conf. HERNÁNDEZ, Carlos A., “Régimen de la responsabilidad civil de los profesionales liberales (Antijuridicidad, factores de atribución, prueba y eximentes)”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2016-3, *Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, pág. 124.

²¹¹ Entre “otras normas” que conforman la Sección 1ª (Disposiciones comunes a las obras y servicios) del Capítulo 6, que se refiere lógicamente al contrato de obra y servicios.

²¹² Somos conscientes que lo de “escaso valor” es sumamente relativo, pues lo que puede resultar insignificante (económicamente hablando) para una persona, puede ser de vital importancia para otra. Pero la idea creemos que se entiende más allá del relativismo que necesariamente conlleva.

Ahora bien, que exista o pueda existir algún tipo de “incumplimiento” en tales situaciones (delegaciones o sustituciones vedadas expresamente, o prohibidas tácitas o genéricamente), ello no implica, *per se*, como se dijo con antelación, que deba ser responsable el profesional originario, sino que debemos constatar en la especie la presencia de todos los requisitos responsabilizantes.

Claro está, mucho más evidente es la situación si además dicho delegado o sustituto incumple, por su impericia, la prestación delegada y por él asumida, situación que no dejará dudas sobre la extensión de esa responsabilidad al primigenio obligado, resultando ambos responsables “solidarios” frente al cliente²¹³.

4.3. El profesional dependiente.

En cuanto a la *dependencia* cabe realizar algunos necesarios distingos. En efecto, por un lado, debemos recordar que el abogado -al igual que cualquier otro profesional- puede valerse de la colaboración de dependientes en el ejercicio de su noble misión. En tales hipótesis el profesional será responsable del actuar dañoso de sus dependientes. Pero todavía no se dijo si el mismo profesional puede ser dependiente²¹⁴. Tampoco se hizo un análisis concreto sobre si el contrato de prestación profesional puede considerarse como un contrato laboral. Estos temas serán objeto de nuestra inmediata atención.

Como primera medida debemos aclarar que aunque la terminología que habitualmente se usa en esta materia -profesional “liberal”²¹⁵- nos induciría a pensar que el abogado no puede ser “dependiente”, ello no es del todo cierto. En verdad está bastante equivocada aquella idea que proclama la imposibilidad que los profesionales liberales puedan desempeñar su labor bajo algún régimen de subordinación. Incluso se ha hablado de una suerte de “desliberalización” de las denominadas profesiones liberales²¹⁶.

En este sentido, acaso sea más apropiado utilizar la expresión que emplea el Código italiano del año 1942, ésta es: profesión “intelectual”, antes que “liberal”. Lo cierto es que tanto en doctrina cuanto en jurisprudencia se utilizan ambas expresiones con una marcada sinonimia. De hecho, en el Derecho romano “profesión intelectual y profesión liberal venían a ser términos *casi* sinónimos: las *operae* libres eran aquellas que, por su alto contenido de

²¹³ Aunque algunos autores puedan pregonar la presencia de obligaciones “concurrentes” en estas situaciones, creemos que es más adecuado recurrir a la solidaridad, pues la causa del deber de resarcir es única: su génesis deriva del incumplimiento del contrato de prestación de servicios profesionales jurídicos. A modo ejemplificativo vamos a citar un reciente trabajo de Agoglia, quien remarca que “El profesional liberal también puede incorporar a un tercero al contrato para ejecutar la prestación, siempre que de la convención, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias no surja que él fuera elegido por sus cualidades para realizarlas personalmente, como ocurre en los contratos *intuitu personae* (art. 775). En ese supuesto, la responsabilidad del profesional es directa por hecho ajeno y objetiva cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas. *La responsabilidad del principal, dispone el art. 1753, es concurrente con la del tercero*. En síntesis, con arreglo al Código unificado, la responsabilidad de los profesionales liberales es subjetiva, por haber contraído obligaciones de medios, con fundamento en la culpabilidad (art. 1768). Por excepción, la responsabilidad es objetiva cuando el profesional se haya comprometido a obtener un resultado concreto... Además, el profesional contrae una obligación de seguridad expresa y subjetiva, tanto por acto propio como por el hecho de las cosas instrumentales riesgosas (arts. 1757 y 1768). Por el contrario, el profesional liberal asume una obligación de seguridad objetiva y expresa cuando el daño ha sido causado por una cosa viciosa (art. 1757)”, conf. AGOGLIA, María Martha, “Análisis comparativo de la responsabilidad de los profesionales en el Código de 1871 y en el vigente”, en *Revista de Derecho de Daños, 2016-3, Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, págs.101 y 102. La cursiva nos pertenece. Es cierto que la jurista nombrada habla de “tercero” en general y no específicamente del sustituto o delegado que aquí aludimos. Más adelante analizaremos ciertos temas tratados por la citada autora y se notarán tanto nuestras diferencias, así como nuestros encuentros.

²¹⁴ En realidad, habíamos adelantado que el profesional puede servirse de la ayuda de dependientes, pudiendo ser éstos, incluso, colegas suyos.

²¹⁵ Se preguntó Isidoro Goldenberg ¿cuál es el sentido de la expresión liberal? Puesto que “Si lo asociamos al concepto de libertad en sentido técnico, o autonomía con que el profesional se desenvuelve en su menester específico, advertimos que ello es muy relativo porque siempre están en juego en estos casos factores supraindividuales”, ver GOLDENBERG, Isidoro H., *Indemnización por daños y perjuicios. Nuevos perfiles desde la óptica de la reparación*, en “Responsabilidad Civil”, N° 14, Alberto J. Bueres (Director), Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1993, pág. 227. También señaló que si la idea de liberal se refiere a la “liberalidad” o gratuidad, ello sólo tiene un sentido histórico.

²¹⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, pág. 718 y citas allí contenidas.

actividad intelectual, estaban reservadas a los ciudadanos libres, frente a las labores propias del esclavo, fundamentalmente manuales. El *casi* que marca la diferencia está en que no toda profesión intelectual es profesión liberal, ni toda actividad que se desempeña de modo libre o autónomo es propiamente intelectual. Lo *intelectual* sugiere una característica intrínseca de la actividad, independiente de la relación existente entre profesional y cliente. En cambio, la expresión *liberal* pone el acento en la ausencia de subordinación entre ambos²¹⁷.

Volviendo a lo nuestro, igual que el médico -y haciendo uso de nuestra anunciada analogía- el abogado puede ejercer su alto ministerio sujeto a la forma de la dependencia laboral. Por ello reiteramos que pensamos que es correcta la expresión que usa, verbigracia, el Código Civil italiano cuando al tratar estos temas los titula "*delle professioni intellettuali*" en vez de hablar de profesión liberal²¹⁸. Esto es importante porque gran parte de la doctrina²¹⁹ está contenta en afirmar la validez de la prestación profesional bajo el ropaje de la dependencia laboral, siempre y cuando ello no implique "subordinación científica o intelectual", campo en el cual el profesional ha de ser soberano²²⁰.

Es decir que nada obsta a que el profesional del Derecho esté desempeñando su prestación a través de cierta "relación" laboral que lo vincule con otra persona. Esta "otra persona" puede ser una empresa de cualquier incumbencia lícita, el Estado, una entidad autárquica, un Banco, "otro profesional", etcétera. Sin embargo, *ello no quiere significar que el convenio que se celebra entre el abogado y el cliente sea un contrato laboral*. Aquí sí que nos distanciamos de gran parte de la doctrina italiana que sostiene lo contrario²²¹.

Es verdad que el abogado ejerce su función propia muchas veces bajo dependencia²²². Tal subordinación viene matizada ya el profesional goza -y debe gozar- de una autonomía, libertad o discrecionalidad científica y técnica a la hora del cumplimiento prestacional.

Quede claro, entonces, que la "sumisión" laboral se refiere a los horarios, días y lugar de trabajo, clientes que debe atender, retribución fija o participación en los honorarios, asignación de vacaciones, etcétera; pero no llega jamás a su específico quehacer, terreno en el cual sólo el profesional ha de tener autoridad²²³. De hecho, y referido específicamente al

²¹⁷ Conf. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, ob. cit., págs. 15 y s.s. Profundizar en este aspecto en la excelente obra del autor referido quien a su vez cita a la doctrina italiana más autorizada en la materia (Cattaneo, Scognamiglio, Lega, D'Orsi, etcétera).

²¹⁸ Por supuesto que de esta forma quedarán ajenas a su regulación aquellas profesiones que si bien se ejercen de manera completamente "libre" son, no obstante, preponderantemente "manuales".

²¹⁹ Además de los autores citados en este capítulo, ver también: ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad Profesional*, cit., págs. 226 y s.s.; BECCAR VARELA, Damián F., "Las nuevas reglas de ética profesional", en *Revista del Colegio de la Ciudad de Buenos Aires*, Tomo 66, n° 1, Julio de 2006, págs. 113 a 123, en especial págs. 117 y 118; WIERZBA, Sandra M., *Responsabilidad civil del abogado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, págs. 122 y s.s.

²²⁰ "Mayoritariamente se sostiene: el abogado estará sometido a un horario, una modalidad de trabajo y una disciplina, pero como técnico en derecho, continuará siendo soberano en el ejercicio de sus funciones y cuando informe jurídicamente lo hará según su leal saber y entender... por eso una orden del patrono no podría relevarlo de esa responsabilidad civil ni la relación de trabajo autorizará al patrono para imponerle decisiones", conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Daños causados por abogados y procuradores", *J.A.*, 1993-III, pág. 719.

²²¹ En verdad en aquél país se puede sostener tal opinión ya que el ejercicio de la profesión intelectual está regulado en su Código Civil en el libro quinto, titulado "*del lavoro*". Si bien está contemplado en el título tercero que trata "*del lavoro autonomo*", ello no es óbice a la inclinación recién mentada.

²²² Ya pregonaba el Tribunal Supremo de España, en su sentencia dictada el 8 de abril de 1942, que era laboral la relación que mantenía un Banco con su asesor letrado -abogado- quien empleaba el saber propio de él a cambio de una remuneración mensual fija y bajo su dependencia y subordinación.

²²³ Al respecto cabe citar las "nuevas" reglas de ética profesional dictadas para los abogados de la ciudad de Buenos Aires, aprobadas por el Directorio del Colegio de Abogados y ratificadas por la Asamblea en marzo de 2006, puesto que el artículo 16, 4to párrafo, establece que "Una sociedad de profesionales abogados o multidisciplinaria, y los abogados que actúen en forma individual, *podrán emplear otros abogados o profesionales de otras disciplinas bajo su dependencia. Si bien tiene subordinación jurídica dada su relación de empleo, el abogado empleado cuidará de mantener su independencia de criterio jurídico y no será considerado un subordinado desde el punto de vista técnico*. El empleador no podrá escudarse en esa falta de subordinación técnica para evadir su responsabilidad ante el cliente por la negligencia o dolo del subordinado en la atención de los asuntos de aquél. El abogado empleado también podrá realizar objeciones de conciencia para atender determinados clientes o asuntos y, en ese caso, la sociedad de profesionales o el abogado empleador deberán respetar tal objeción y permitirle no atender el caso o al cliente en cuestión". La cursiva es nuestra. Ver en este punto el comentario realizado por BECCAR VARELA, Damián F., "Las nuevas reglas de ética profesional", cit., págs. 117 y 118.

profesional del Derecho, en el nuevo E.G.A. español “se señala expresamente la necesidad de que el abogado que trabaja por cuenta ajena se rija por la independencia y la libertad básicas del ejercicio de la profesión”²²⁴.

En el Derecho argentino la doctrina no se cansa en remarcar que las cualidades que caracterizan al profesional liberal son las siguientes: intelectualidad, autonomía técnica, título, matrícula, habitualidad, reglamentación, habilitación, presunción de onerosidad, colegiación, sumisión a normas deontológicas y potestades disciplinarias, etc.²²⁵.

Ahora bien, tal “soberanía o libertad” técnica-científica representa, en el profesional del Derecho, que es éste el que ha de elegir la acción a entablar, la selección de los hechos, los medios probatorios idóneos, el encuadramiento jurídico concreto, las defensas oponibles, la necesidad de contar con alguna medida cautelar, la conveniencia de la interposición de eventuales recursos, etcétera. En puridad el abogado tiene la obligación de defender su independencia científica frente a todo el mundo. Ello constituye un deber *erga omnes*, oponible incluso -y con mayor razón- de cara a su cliente.

Esta realidad, así descrita, es innegable. No podemos afirmar, sin faltar a la verdad, que el abogado no pueda ejercer su profesión bajo algún tipo de dependencia. De hecho, existen en el mundo cada día más abogados “dependientes” e “internos”. Al respecto se ha remarcado que la “relación laboral” entre el abogado y la empresa -Estudio colectivo o Estado- puede deducirse de las siguiente pautas: el profesional no asume el riesgo económico, pues se fija una suma mensual independientemente de la efectiva prestación que realice; el servicio debe ser prestado en forma personal, normalmente en el lugar y horarios fijados por la “empresa”; cuando cesa la vinculación mentada, el profesional deberá entregar a su “principal” la documentación referida a los asuntos que llevaba; y, normalmente, el abogado no podrá rehusarse en atender a las personas que el empresario, patrono o principal, le indique²²⁶.

Sin embargo, no queremos con ello significar, repetimos, que el contrato de prestación profesional sea un contrato laboral. ¿Porqué no? Porque debemos distinguir las distintas personas que intervienen en su celebración y las relaciones que a través de tal acuerdo se forman.

En efecto, hay que partir de la base que el cliente es un “tercero” en la ya proclamada relación laboral. Nada tiene que ver el contrato de prestación profesional con la antes aludida relación que puede tener un letrado con otra persona. Lamentablemente no pocas veces se pierde de vista esta “doble” relación que se genera en situaciones como las tratadas. Por ello afirmamos que el contrato de prestación profesional no es de índole laboral, no obstante tener el abogado algún tipo de vinculación “previa” y con otra persona de tal naturaleza. Precisamente en no percatarse de esta dupla relacional radica el caos doctrinal que reina en esta materia.

Ahora bien, ¿con quién celebra el cliente el contrato de prestación de servicios profesionales? Nótese que tal “consumidor”²²⁷ -utilizando adrede una terminología moderna

²²⁴ Ver: GAY MONTALVO, Eugenio, *art. cit.*, pág. 32.

²²⁵ Conf. BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, “La responsabilidad del abogado frente al cliente en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2016-3, *Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, pág. 188. Tales autores citan, como promotores de tales notas típicas, al Encuentro de Abogados Civilistas, Santa Fe, 1988; IV Sanjuaninas de Derecho Civil, 1989; V Jornadas Rioplatenses de Derecho, San Isidro, 1989; Primeras Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, Lomas de Zamora, 1988; Primeras Jornadas Rosarinas sobre Temas de Derecho Civil y Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, Mar del Plata, 1989. También, entre tantos, Hernández resalta en forma parecida (siguiendo las Conclusiones del Segundo Encuentro de Abogados Civilistas, Santa Fe, 1988) que se admite sin hesitación que el profesional liberal “supone la concurrencia de algunas de estas notas distintivas en su desempeño: habitualidad, reglamentación, habilitación, presunción de onerosidad, autonomía técnica, y en su caso, sujeción a la colegiación, sumisión a normas éticas y sometimiento a potestades disciplinarias... el título profesional universitario”, conf. HERNÁNDEZ, Carlos A., “Régimen de la responsabilidad civil de los profesionales liberales”, *art. cit.*, pág. 118.

²²⁶ Algo semejante sostiene KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, pág. 718.

²²⁷ “Cliente” es el rótulo más adecuado para así llamarle a la persona que se vincula con el abogado. También podría denominarse “requirente” -terminología más usada en el campo notarial-. De hecho, la propia normativa aplicable a la defensa del “consumidor o usuario” normalmente excluye su protección a las relaciones

no ajena a reparos- es un tercero en la relación laboral, pero ahora es parte del contrato de prestación de servicios profesionales.

Pues creemos que el cliente puede concertar el contrato aludido sea con el profesional directamente, ya con con los representantes de la empresa o sociedad -verbigracia- de la que depende. Esto es de fundamental importancia a la hora de hacer un análisis sobre la eventual responsabilidad civil que pudiere corresponder como consecuencia de su incumplimiento.

Todavía cuadra practicar otro distingo. En la hipótesis en la que el cliente contrata con el abogado directamente, puede hacerlo éste a título personal, o puede estar obrando por cuenta y orden de un “tercero”, su principal.

Como consecuencia lógica debe determinarse que *cuando el cliente contrate con la empresa directamente (sus representantes), o con el abogado dependiente de ésta y por su orden, la responsabilidad profesional en la que pudiera incurrir este letrado le podrá ser atribuida al principal*. En estas hipótesis habrá, según nuestra opinión, una *responsabilidad contractual indirecta del principal*²²⁸. Además, *se podrá sumar a esta responsabilidad la propia del abogado quien responderá de manera directa*²²⁹. Por más que la doctrina no nos apoye en este punto creemos que *su responsabilidad será de índole contractual*. Quede en claro que las obligaciones del letrado son específicas, los sujetos diferenciados y los deberes u obligaciones ya estaban claramente formados antes de su transgresión²³⁰. No manifestamos con ello que exista alguna vinculación contractual del letrado con el cliente, pero sí que su responsabilidad será de naturaleza contractual y por lo tanto le será de aplicación la regla que prevé el art. 1728 del nuevo Código Civil y Comercial argentino, si fuera el caso.

Como contrapartida, casi obvio parece expresar que *cuando el cliente acuerde con un abogado que actúe a título propio, será frente a éste, nadie más, a quien podrá reclamar en caso de inejecución o defectuoso cumplimiento prestacional*. Esto es así por más que el abogado guarde alguna vinculación laboral con otra persona de la cual dependa. *En tal caso el profesional responderá en forma directa -por hecho propio- y los principios aplicables serán, obviamente, de color contractual*.

Para no dejar esta importante cuestión a su suerte nos vemos obligados a seguir su tratamiento. Todos sabemos que el eterno problema en Derecho (judicial) no es de índole sustancial o material, sino de aspecto procesal o formal. Nos referimos a la “prueba”. Sin ella nada se consigue. Esto es válido en todas las ciencias, pero cobra un matiz diferencial en el quehacer propio del abogado ejerciente. Entonces ¿cómo probar si el abogado actuó a título personal, o en nombre, representación y cuenta de un tercero? Cuando contemos con un contrato “escrito” y de sus cláusulas se vislumbre tal cuestión, no habrá problema. Por cierto, no hace falta que las expresiones sean concluyentes o tajantes, pues tácitamente también es factible determinar la forma de conclusión y configuración contractual.

Ahora bien, en los demás casos será necesario hacer un análisis circunstancial. Por ejemplo: merituar si el contrato fue tratándose, perfeccionándose, o ejecutándose en el lugar físico de este tercero -verbigracia, las instalaciones de una empresa, Despacho colectivo o sociedad de abogados-; si se utilizó material de esta empresa o Despacho, como ser sus hojas, logos, etcétera; si el cliente acudía con cierta frecuencia a sus instalaciones; si en el eventual

surgidas merced a contratos donde se vinculan a los profesionales liberales, salvo la honrosa situación del Código del Consumidor que rige en Brasil.

²²⁸ El hecho que el cliente contrate “directamente” con la empresa no quiere decir que ésta deba responder en forma “directa”. Lo de directo o reflejo son cualidades que deben indagarse no en la celebración misma del contrato -si lo hubiere-, sino en la mecánica del origen dañoso, aquella acción que constituye la etiología del daño que sufre el cliente. Es decir, se debe ponderar la impericia con relevancia causal que pudiere existir.

²²⁹ Con criterio similar se ha sostenido que “se agrega un obligado concurrente a la reparación del daño irrogado: el letrado responderá por su negligencia y el empleador lo hará en forma objetiva, generalmente con fundamento en la responsabilidad por el hecho del dependiente, o bien -si el empleador es un organismo público- en lo dispuesto en el art. 1112 del Código Civil”, WIERZBA, Sandra M., *Responsabilidad civil del abogado*, ob. cit., pág. 122 *in fine*. Claro que ahora tendremos que tener presente las nuevas reglas que consagra el Código Civil y Comercial argentino, las cuales haremos mención en el texto *infra*.

²³⁰ Es necesario aclarar que el letrado siempre estará sujeto a las reglas “supraindividuales” que gobiernan el ejercicio de su profesión. Es más, profesamos que estas premisas -las éticas y las jurídicas- son superiores y rigen tanto en su relación laboral, cuanto en la civil de cara a su cliente; entre otros sujetos “acreedores” de los deberes del abogado.

pacto de cuota litis (de permitirse tal modalidad) se hace mención a esta firma; si quienes realizan la procuración para ese encargo en especial son personas que habitualmente la hacen para esa empresa, Despacho colectivo o sociedad; debe observarse el objeto propio de esa empresa o sociedad en cuestión; merituar si tal abogado habitualmente contrata a nombre y riesgo propio, teniendo para ello, además de su vinculación laboral, un Despacho individual, o si normalmente contrata a nombre de esa empresa o sociedad; valorar si en verdad tiene facultades para representar y eventualmente obligar a esa “tercera” persona; indagar a quién paga el cliente; etcétera.

En otro sentido, cierta autorizada doctrina piensa que es importante distinguir si la infracción cometida por el profesional es de naturaleza tal que pueda ser controlable por la empresa. Si se trata de obligaciones incumplidas de carácter científico o técnico se estaría en presencia de un caso en el cual sólo el profesional debería responder. En cambio, si nos encontramos ante un incumplimiento de algunas reglas que hacen a la relación misma de dependencia, tal incumplimiento podrá ser atribuido a la empresa, o mejor dicho al principal.

No podemos dejar de proclamar nuestra simpatía ante tal tesis, pero creemos que plantea problemas insalvables desde el punto de vista probatorio. Además, se orienta en contra del moderno criterio que rige en materia de Daños -el de proteger a las víctimas-. Pero principalmente la rechazamos porque desdobra el desenvolvimiento prestacional del abogado en deberes controlables y obligaciones no controlables. En la práctica cotidiana ¿cuáles serán unos y cuáles otros? En verdad no deseamos cargar sobre las espaldas de las víctimas un doble problema probatorio. Suficiente con el que habíamos dejado recién planteado. De todas formas esta diferenciación entre obligaciones controlables y no controlables -vertientes subjetiva y objetiva de la dependencia²³¹- será de suma importancia a la hora de dilucidar las acciones de regreso que pudieran corresponder²³².

En definitiva: *la “empresa” -aunque bien puede ser un simple Estudio jurídico, Despacho colectivo, sociedad de abogados, Estudio pluridisciplinario, incluso el Estado o alguna entidad autárquica- responderá frente al perjudicado cliente en aquellos casos en los cuales se haya contratado efectivamente con ella²³³. Es decir, cuando se hubiere relacionado el cliente con los representantes legales de tal ente ideal. También responderá cuando hubiere concluido el contrato de prestación de servicios un dependiente con poder suficiente para representarla. Estas responsabilidades son reflejas y ambas situaciones son de índole contractual²³⁴.*

Ahora bien, también *deberá responder por el hecho de sus dependientes* siempre y cuando se constaten los *requisitos necesarios* para atribuir el daño ocasionado al principal.

²³¹ Ver, con respecto al Derecho español, el análisis profundo que realiza YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, ob. cit., págs. 83 y s.s.

²³² No se vea en estas líneas alguna contradicción respecto de lo que afirmaremos más adelante en cuanto a que en puridad sólo cuadra hablar correctamente de “impericia” -falta de pericia- si se pretende imputar patrimonialmente a un profesional un defecto en su prestación. En pocas palabras, el género en esta materia es la impericia, puesto que prácticamente todo el obrar del profesional ha de ser eminentemente “técnico”, sujeto o acorde a sus reglas propias -*lex artis*-.

²³³ En igual sentido se ha señalado que “dado que quien se obliga con el cliente es el estudio jurídico, que necesita para cumplir sus objetivos del concurso de profesionales que desarrollen el plan de prestación comprometido, tal estudio también resultará indistintamente responsable... el estudio jurídico se halla comprometido por una atípica responsabilidad contractual indirecta o por el hecho ajeno”, WIERZBA, Sandra M., *La responsabilidad...*, ob. cit., pág. 123.

²³⁴ Acaso sea aplicable a la especie la teoría de la “estipulación a favor de tercero”. En este sentido parece claro que existen diferencias importantes entre lo contemplado en el Código Civil de Vélez en su artículo 504 con respecto al Código suizo de las Obligaciones en su artículo 111. Sin embargo, varios autores adujeron reparos a tal teoría proclamando, a su vez, que la solución pasaría por la figura jurídica de la “delegación”. Lamentablemente no podemos alejarnos de nuestra finalidad ahondando tal cuestión.

En todos los casos señalados responde el abogado por hecho propio -directamente- y la “empresa” -en puridad “principal”- por el desempeño de las personas que emplea, indirectamente²³⁵. Insistimos en que los dos responden contractualmente²³⁶.

Por último, en aquellas situaciones en las que el cliente se conecta o vincula sólo con el letrado y no es posible canalizar su proceder hacia su principal -por no existir los requisitos exigibles-, sólo el profesional responderá en forma individual, por hecho propio y la pretensión indemnizatoria se analizará al son de los principios contractuales. Como observamos no dejamos lugar, prácticamente, para una responsabilidad de índole extracontractual.

Entonces: para que nazca la responsabilidad del principal por el hecho de su dependiente -abogado en la especie- es necesario constatar: que haya una obligación específica -*lex artis*- infringida. Que en tal actuar el letrado haya obrado con discernimiento, intención y libertad, lo que se presume. Que, amén de la voluntariedad de su conducta, pueda achacársele impericia -culpa *in operando* del profesional- (atribuibilidad en primer orden). Que tal proceder pueda ser atribuible al principal por mediar un vínculo -matizado- de dependencia (atribuibilidad en segundo orden). Que estemos en presencia de algún criterio legal atributivo de responsabilidad que justifique la imputación hacia el principal (riesgo creado, riesgo provecho, culpa *in eligendo* o *in vigilando*, factor garantía, presunciones de culpa, etcétera.). Que el incumplimiento prestacional del abogado guarde cierto “nexo de ocasionalidad” con la dependencia aludida, es decir que su inejecución se configure en el ejercicio o con *ocasión* de sus funciones de subordinación²³⁷. Que exista un daño “jurídico” en el cliente, víctima del incumplimiento. Que entre esta acción antijurídica y el daño ocasionado se constate una adecuada relación de causalidad (o algún criterio de “imputación objetiva”), amén que la conducta inícuca profesional sea una *conditio sine qua non* del daño inferido al cliente. Que, por fin, las consecuencias indemnizables sean de tal naturaleza que el Derecho las cobije legalmente, teniendo presente que casi siempre estaremos regidos por principios de la órbita contractual (consecuencias inmediatas, mediatas, casuales, etcétera).

Asimismo, para que responda el profesional a título personal es necesario que se acrediten los mismos requisitos menos los que son específicos de la dependencia, siendo éstos la atribuibilidad en segundo orden; el criterio de atribución de tal responsabilidad; y el nexo de ocasionalidad. Como observamos siempre es requisito previo del deber de indemnizar la constatación cabal del sistema completo de responsabilidad civil.

Como si fuese poco lo antedicho, todavía no hicimos referencia a otra posibilidad que puede presentarse y que se presenta con bastante frecuencia. Nos referimos a aquella en

²³⁵ La Cámara Nacional Civil de Argentina, sala G, sentenció que “Resulta responsable por negligencia en el manejo legal de un asunto encomendado el abogado que trabaja en relación de dependencia para el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, pues la categoría de profesional liberal no se pierde por el hecho de que desempeñe sus funciones en relación de dependencia... Sin perjuicio de la responsabilidad que le pudiera caber al Estado por los actos de sus dependientes o bien por los hechos u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cometido, el agente o funcionario que incurrió en culpa o negligencia es personalmente responsable frente al damnificado por el daño ocasionado”. (Sentencia del 29/09/2001, *in re* “E., R. c. G. de la C., O. J.”, publicada en la Revista *La Ley* del 24 de agosto de 2001).

²³⁶ En el Derecho español se ha señalado que la responsabilidad que emerge del artículo 1903 (entre éstas la del principal por el hecho de sus dependientes) es de naturaleza extracontractual, también podemos traer a colación la solución que nos brinda la amplia regla contenida en el artículo 1101 del mismo cuerpo legal.

²³⁷ El Código Civil español establece en el artículo 1903, párrafo 3ero, que pesa la obligación de responder sobre “los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieron empleados, o con ocasión de sus funciones”. En el Código Civil de Vélez puede leerse en su artículo 43 (según ley 17.711, artículo 1, inc. 6) que “Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas...”. Si bien se contemplan situaciones distintas en las legislaciones citadas, el criterio utilizado es similar y por ello transcribimos estas disposiciones. Más adelante haremos mención a lo dispuesto en el nuevo Código argentino.

Además, remarcamos que no debe inferirse en la exigencia de este requisito que tomamos partido por la tesis relativa a los “deberes controlables y no controlables”, aunque exista cierta aproximación, pues estimamos que el aludido “nexo de ocasionalidad” es mucho más amplio, puesto que permite la atribución del daño al principal aunque el mismo sea causado en “ocasión” del cumplimiento de las funciones de subordinación -las que no se refieren solamente a los “deberes controlables”-. Por cierto que el nuevo Código Civil y Comercial argentino, cuando establece la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (o de la persona que se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones), expresamente señala que será atribuible al mismo “cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas”, según lo determina el art. 1753, en la parte final de su primer párrafo.

la cual el “cliente” mismo es esa persona que emplea al profesional. Es decir, el requirente de los servicios profesionales es, en este caso, la misma empresa que se comporta como “principal” del profesional en cuestión.

Las notas características de este abogado “interno” serían: que su fuerza de trabajo estará puesta a disposición de ese *cliente* en particular; que actuará dentro de la organización jerárquica de éste; sus ingresos dependerán casi en forma exclusiva de él; que no obstante mantener la denominada discrecionalidad o autonomía técnica o científica, este letrado no determinará por sí mismo cómo, dónde, cuándo y cuánto trabaja; formará, normalmente, parte del *staff*, o sea que no pertenecerá a la línea que toma decisiones, sino que asesorará al que las toma; formará parte del “microclima” empresarial y dependerá, directa o indirectamente, de alguien que no es abogado, estando en permanente contacto con gente ajena a su profesión²³⁸.

Nos parece oportuno insistir en que no por esta situación de previa dependencia, el contrato de prestación de servicios profesionales se “convierte” en un contrato laboral. En nuestra opinión, en tal hipótesis tendríamos *dos tipos de relaciones bien diferenciadas*. Por un lado, la dependencia aludida generaría una *relación de naturaleza laboral* entre el principal y el profesional. Por otra parte, tendríamos en la especie también una *relación civil*, que es la que se crearía cada vez que se celebre algún contrato de servicios profesionales entre la “empresa” o sociedad y el abogado. Se puede decir que *nos encontraríamos frente a una genérica relación de trabajo* -por cierto que el letrado estaría amparado por la legislación laboral y previsional, tuitiva por excelencia- y *frente a tantas relaciones civiles cuantos contratos de esta naturaleza se hayan celebrado*. Esta doble relación se daría justamente porque no hay un “tercero”²³⁹.

Para finalizar: por mucho que insistamos en que la responsabilidad solidaria debe darse solamente en los casos en que se encuentre legalmente contemplada (o así sea considerada contractualmente), la realidad jurisprudencial muestra que en general se responsabiliza al principal con su dependiente en forma solidaria. Algunos hablan, con mayor precisión, de obligaciones “concurrentes”²⁴⁰ que tienen casi los mismos efectos²⁴¹.

²³⁸ Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, pág. 718 y citas allí expresadas. Debemos aclarar que si bien tomamos algunas ideas de la estimada jurista mendocina, ella al parecer no hace el distinguo entre el abogado “dependiente” del “interno”, pero ello no obsta a que muchas de sus afirmaciones sean conciliables con lo sostenido en el texto. Así, concluye la citada autora, que en nuestro sistema legal la calidad de profesional no es incompatible con la relación laboral y que ello reviste gran trascendencia en la órbita del deber de reparar, tanto en las relaciones profesional-empresa, cuanto en las vinculaciones con terceros dañados. Respecto de lo primero, resalta que dicha empresa no puede considerarse “cualquier cliente” y que la autonomía técnica aparece disminuida. A su turno, en las relaciones de la empresa con terceros, sostiene, “la prueba de la relación laboral producirá, indubitadamente, la del primer presupuesto para aplicar el art. 1113 CC. (responsabilidad del comitente por el hecho del dependiente). Pero en este ámbito, la culpa profesional debe ser juzgada a tenor de los principios generales que emergen del art. 512 CC.”, *art. cit.*, pág. 720. En particular este último aserto es plenamente compartido por nosotros, con las aclaraciones que ya realizamos al tratar este polémico tema y siempre teniendo en consideración las nuevas reglas que sienta el novel Código argentino (en este caso se vincularían los arts. 1753 y 1724, sin olvidarnos, jamás, del art. 1725).

²³⁹ Existe una sentencia del Tribunal Supremo de España (del 21 de septiembre de 1990, Sala de lo Social -RJ-1990, 7926) que reconoce la coexistencia de la *relación laboral* del abogado que desempeñaba su actividad con la Mutua aseguradora demandada, *con el arrendamiento de servicios* convenido con la misma Mutua, “teniendo cada contrato un objeto diverso y específico”. Ver: SERRA RODRÍGUEZ, A., *ob. cit.*, pág. 338.

²⁴⁰ Por todos, WIERZBA, Sandra M., *La responsabilidad...*, *ob. cit.*, págs. 124 y 125, cuando afirma que “tal responsabilidad *concurrente* del contratante del servicio -según nuestro criterio, de carácter objetivo y fundada en el incumplimiento a su deber de garantía-, podrá corresponder a una persona física (por ejemplo, abogado, titular del estudio), o bien jurídica (por ejemplo, sociedad civil), dependiendo ello de la estructura bajo la cual haya sido organizado el estudio jurídico”. La cursiva nos pertenece.

²⁴¹ Ha expresado en varios precedentes la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina que “Las obligaciones concurrentes -también llamadas ‘*in solidum*’- se caracterizan por la existencia de un solo acreedor, un mismo objeto, pero distintas causas en relación a cada uno de los deudores”, C.S.J.N., 17/11/1994, “Paloika, David D. c/Provincia de Buenos Aires”, *La Ley* 1995-B, pág. 477, *D.J.*, 1995-II, pág. 228. En igual sentido: C.S.J.N., 17/04/1997, “Savarro de Caldara, Elsa I. y otros c/Empresa de Ferrocarriles Argentinos”, *La Ley*, 1997-E, pág. 121, *D.J.*, 1998-I, pág. 211. También ha dicho el alto Tribunal que “Tratándose en el caso de obligaciones concurrentes, también denominadas ‘*in solidum*’, la distribución del daño debe hacerse entre los responsables por partes iguales por aplicación del principio de causalidad paritaria, sin perjuicio del derecho de los actores a ejecutar la condena en un todo respecto de cualquiera de los codemandados”, CS, 09/11/2000, “Fabro, Víctor y otra c/Provincia de Río Negro y otros”. Pueden verse estos sumarios de sentencias de la Corte en LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Código Civil. Comentado y anotado. Tomo VI. Anotado con jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Director de obra Santos Cifuentes, Director del tomo Luis F. P. Leiva Fernández, La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 209, comentario al artículo 699. Por

Recordaremos que esta categoría de obligaciones concurrentes ha tenido reciente acogimiento legal en Argentina, como tuvimos oportunidad de remarcar. Remitimos tal cuestión a las obras específicas sobre el tema. También deploramos no tratar aquí los problemas que se suscitan debido a la íntima relación que existe entre el orden civil y el penal. Estos problemas se duplican en España, tal como tuvimos oportunidad de resaltar.

4.4. Agrupaciones de abogados. Despachos colectivos y sociedades de profesionales del Derecho²⁴².

En otro aspecto y por todo lo que llevamos dicho, resulta evidente que *el abogado puede "agruparse"* a los efectos de desempeñar su función específica. Va quedando en el pasado aquel letrado que trabaja aisladamente. También quedará en el olvido -si es que no quedó aún- el abogado que "todo lo hace". Las especialidades en nuestros días constituyen una moneda corriente.

Es más, no hace falta ejemplificar con alguna gran ciudad para corroborar la existencia de las "agrupaciones" de abogados, que se unen para desarrollar su tarea en forma más eficaz, tanto desde el punto de vista cualitativo -merced a los especialistas-, cuanto cuantitativo -también por obra de éstos, dada la gran variedad de servicios que pueden cumplir-. En efecto, basta observar que en pequeñas ciudades también los abogados se aproximan a sus pares con la finalidad de reunirse en forma estable y desempeñar su profesión de esta manera, *colectivamente*²⁴³. Además, dicho fenómeno es constatable a nivel global como veremos a continuación.

Ahora bien, se ha señalado que sin perjuicio de las particularidades que cada profesión tiene, "todas ellas padecen de la insuficiencia de las figuras tradicionales para disciplinar agrupaciones que no despersonalicen las prestaciones que incumben individualmente a cada profesional, que son indelegables, que se fundan en su libertad de juicio y de decisión en correspondencia con una responsabilidad civil, disciplinaria y penal que no puede ni debe diluirse en una colectividad ni cobijarse bajo la personalidad jurídica"²⁴⁴.

Como primera medida debemos señalar que son los Colegios Profesionales -por delegación de las autoridades Estatales y dentro del marco normativo fijado por ellas- de cada "región" los que tienen potestad para reglamentar la utilización de esta modalidad, es decir del ejercicio profesional en grupo. Por supuesto que tal tarea es recomendable emprenderla cuando por medio de una ley general (nacional) resulte viable tal posibilidad. Sabemos que son disímiles, en este aspecto, las reglamentaciones que existen en los diversos países.

Por ejemplo, en Italia desde el año 1939 se viene discutiendo este tema y a grandes rasgos se ha prohibido el uso por parte de los profesionales de la abogacía de formas

supuesto que ahora el nuevo Código le otorgó carta de ciudadanía "legal" a las mentadas obligaciones concurrentes (conf. arts. 850 a 852 y muchas otras normas, vg. arts. 1751, 1753, 1758 del Código Civil y Comercial).

²⁴² Advertimos que estos temas son muy complejos y, amén de las distintas regulaciones normativas, hasta la terminología -y sus significados- utilizada por los autores (vg. sociedad profesional o sociedad de profesionales, agrupación, grupo, equipo, empresa, etc.) suele ser dispar. Ni hablar que los propios abogados normalmente se llaman entre sí "socios", con toda ligereza. Recomendamos las lecturas, además de los autores ya citados, para el Derecho español, ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad Profesional de Abogados*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2005; ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen – JAIMEZ TRASSIERRA, María del Carmen y OLARTE ENCABO, Sofía, *Las formas societarias del despacho colectivo de abogados*, editado por Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1992; y para el Derecho argentino, FARINA, Juan María, "Agrupaciones entre abogados para el ejercicio profesional", en *La Ley*, 1997-B, pág. 1014 y s.s. Aquí sólo indagaremos sobre unos conceptos básicos, de utilidad para comprender esta cuestión referida a la "atribuibilidad".

²⁴³ No son pocos los autores que resaltan esta "proliferación" de los despachos colectivos de abogados, fenómeno constatable con mayor intensidad en las últimas décadas. Así, se ha señalado con acierto que los abogados se "asocian" o agrupan a través de diversas formas que permite cada ordenamiento jurídico en especial, bien como sociedad anónima o limitada, colectiva o civil, regular o irregular, o como comunidad de bienes. Pero tales situaciones no alteran la naturaleza de la responsabilidad frente al cliente que realizó el encargo, la cual sigue siendo de naturaleza contractual. Incluso, y como se verá detenidamente más adelante, el art. 28.7 del E.G.A. determina que todos los intervinientes responden solidariamente frente al cliente, conf. CERVERA MARTÍNEZ, Marta, "Responsabilidad civil del abogado", publicado en *RCyS*, 2006, págs. 340 y s.s. *Infra* haremos un análisis más profundo de dichas premisas.

²⁴⁴ ANAYA, Jaime L., "La sociedad de profesionales", *El Derecho*, t. 123, pág. 272.

"

societarias comerciales capitalistas (ello por lo menos sucedió hasta el 2001, año en el cual se incorpora a nivel nacional la Directiva 98-5), pero se viene permitiendo desde esa fecha la existencia de asociaciones profesionales (*studio associato*).

En Francia desde la ley del 29 de noviembre de 1966 (ley 66-879) se permite el uso de las sociedades "civiles" profesionales.

Ni hablar de Estados Unidos que, como bien se conoce, las sociedades de abogados -como las "L.L.P." (*limited liability partnership*)- son gigantescas empresas con revestimiento capitalista.

En España existe un problema complejo, que pasa justamente por la dificultad de delimitar las competencias normativas del legislador y de los diferentes reguladores colegiales. Ello, sumado a la posible duplicidad de regulaciones cuando el legislador autonómico ha emprendido idéntica tarea que el nacional, consagrando soluciones encontradas²⁴⁵. Amén de la posible invasión que puede generarse cuando al pretender regular el ejercicio societario de una profesión se interfiere con aspectos reservados al Derecho societario (lo que se evitaría con el dictado de una ley nacional de sociedades profesionales -ley marco-). Sin dudas que esta situación genera cierta inseguridad jurídica al momento en que los profesionales pretendan agruparse para ejercer su actividad revestidos de alguna forma societaria.

Por ello debe tenerse sumo cuidado con los lineamientos que a continuación expondremos, pues siempre debemos tener presente que estos aspectos pueden variar -y efectivamente varían- de un ordenamiento a otro. Por motivos obvios analizaremos lo que sucede en España y Argentina, principalmente, no sin antes hacer una breve referencia a lo que sucede en otros países europeos.

4.4.1. Las sociedades profesionales en algunos países europeos. Estado general de la cuestión.

Vamos a pasar una somera revista del estado actual de la cuestión en algunos países europeos. Es decir que veremos si son admitidas las sociedades de profesionales -específicamente referidas al ámbito jurídico- en otros ordenamientos y, en su caso, qué tipos se autorizan y qué consecuencias traen aparejadas -en especial lo concerniente a la responsabilidad civil-.

No se piense encontrar aquí un análisis exhaustivo del tema referido a las sociedades profesionales de abogados, ni se pretenda que realicemos un estudio de Derecho comparado, ni siquiera comunitario. Repetimos, sólo algunas cuestiones serán resaltadas en este punto, las que a nosotros nos conciernen y que queremos poner en evidencia. Profundizar en este "laberinto" nos desviará del objeto de nuestra investigación e incurriríamos en un ámbito, sumamente interesante, pero ajeno.

Así las cosas, vamos a observar algunas particularidades de los sistemas que imperan en Francia, Italia, Alemania, Portugal, Inglaterra y Gales.

De *Francia*, es digno resaltar que desde el año 1966 se viene trabajando en el tema de las sociedades profesionales. El Derecho profesional francés constituye un referente obligado, tanto para quienes estudian estas cuestiones como para aquellos países que desean consagrar institucionalmente las sociedades profesionales (como sucedió con Portugal). Es

²⁴⁵ En este aspecto es muy ilustrativo lo que sucede con la Comunidad Catalana. En apretada síntesis podemos decir que actualmente en Cataluña coexisten dos regímenes diferentes de las sociedades profesionales en el seno de la abogacía. Por un lado, cuentan con la regulación estatal del ejercicio colectivo contenida en el nuevo E.G.A. (aprobado el 22 de junio de 2001); por otro lado, también cuentan con la disciplina colegial catalana de las sociedades profesionales de abogados, prevista en el Código de la Abogacía Catalana (aprobado el 1ero de marzo de 2001 por el Consejo de los Ilustres Colegios de Abogados de Cataluña). Bien se ha señalado que el camino que se debiera de haber recorrido, sería el de haber establecido un marco legal, general y básico, para cualquier sociedad profesional, una "ley de mínimos" que abriría las puertas para el establecimiento de normas específicas en función de cada colectivo profesional. De hecho, el E.G.A. es mucho más restrictivo que la normativa catalana, la cual parece responder mejor a las nuevas exigencias creando estructuras profesionales competitivas, suficientemente capitalizadas. Ver en este aspecto, con profundidad (a quienes seguimos), ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad Profesional de Abogados*, cit., págs. 116 y s.s.

que en el citado país galo se reconoce una pluralidad de estructuras societarias específicas con la finalidad de proporcionar cobertura legal a las diferentes modalidades de cooperación, colaboración e integración profesional²⁴⁶.

Ya tuvimos oportunidad de mencionar a la Ley 66-879 (del 29 de noviembre de 1966). Pues junto a la Ley 90-1258 (del 31 de diciembre de 1990) estructuran el marco legal común o panorama general referido a las sociedades profesionales. La primera de éstas versa sobre las *sociedades civiles profesionales*. La otra trata sobre *el ejercicio en forma de sociedades de profesiones liberales sometidas a un estatuto legislativo o reglamentario o cuyo título es protegido y a las sociedades de participaciones financieras de profesionales liberales*.

Ahora bien, existen dos decretos que concretan dicha normativa general al ámbito propio de la abogacía. El Decreto 92-680 (del 30 de junio de 1992) aplica a la profesión de abogado la ley de sociedades civiles profesionales. Además, el Decreto 93-492 (25 de marzo de 1993) aplica a nuestro ámbito propio la Ley 90-1258. De tal normativa surge aquella pluralidad de estructuras societarias puestas a disposición de los abogados que pretendan agruparse. En particular queremos resaltar estos 'tipos' societarios: la sociedad civil de medios y la sociedad civil profesional de abogados.

Por *sociedad civil de medios o instrumental* ha de entenderse a aquella forma de colaboración que no compromete la actividad profesional individual de sus miembros. De hecho pensamos que es incorrecto llamarla "sociedad", puesto que su finalidad es simplemente facilitar a sus integrantes el ejercicio de su profesión "a través de la utilización y gestión conjunta de la infraestructura, equipo y servicios necesarios para la práctica profesional, sin interferir en la propia actividad profesional, que es ejercida y asumida por cada socio de manera autónoma e individual"²⁴⁷.

Sin dudas que las ventajas radican en el ahorro que representa esta utilización y gestión común. A muchos abogados recién iniciados puede resultarle muy atractiva esta modalidad de ejercicio "societario", la cual en puridad no debe denominarse así, repetimos. Incluso este ejercicio instrumental puede ser articulado por otras dos estructuras: el grupo de interés económico (previsto en el Código de Comercio francés) y la sociedad cooperativa (art. 37, Ley 66-879).

Ya resaltaremos más adelante que al no constituir un verdadero "grupo o equipo", ni tener personalidad jurídica alguna, la responsabilidad en la que pudieran incurrir algunos de sus integrantes será siempre de carácter personal -individual- no pudiéndose extender la misma a esta mal denominada "sociedad" de medios.

La *sociedad civil profesional de abogados* implica un nivel superior de integración al tener como objeto el "ejercicio común" de la profesión de abogado. Aquí ya estamos frente a una nueva "persona jurídica", siendo la sociedad la que presta el servicio jurídico al cliente y quien queda sometida al régimen legislativo y reglamentario respectivo, ello sin desconocer "siempre" la sujeción personal de los socios y su correspondiente responsabilidad civil profesional.

En su constitución, como toda sociedad civil profesional, además de constar tal carácter, debe configurar la razón social de manera subjetiva, con el nombre y cualificaciones de todos o algunos de los socios. También es destacable que los socios deben ejercer su profesión en forma "exclusiva" en dicha sociedad, no pudiéndolo hacer en forma personal ni formando parte de otra sociedad.

Es importante para nuestros fines resaltar que la *responsabilidad* en la que pueda incurrir *la sociedad* en su desenvolvimiento profesional *debe imputársela en forma solidaria junto a los profesionales que hubieren actuado en la emergencia*. Además, y en forma correcta, se exige a la sociedad que suscriba un *seguro de responsabilidad civil profesional*.

²⁴⁶ Conf. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad*, cit., pág. 61. Aclaremos en este tema seguiremos a los autores citados, puesto que sus enseñanzas nos resultaron muy atractivas.

²⁴⁷ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad*, ob. cit., pág. 62. Ver también: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, ob. cit., pág. 213, nota 26.

En cuanto a las “deudas sociales”, los socios sólo responden frente a terceros de una manera subsidiaria respecto de la sociedad de la que forman parte.

Otro aspecto relevante, y a diferencia del régimen español, en Francia estas sociedades están sujetas a la disciplina deontológica profesional, independientemente de las responsabilidades que corresponden a sus socios individualmente. Es decir que la sociedad puede ser objeto de sanciones disciplinarias, pudiendo incluso ser expulsada de la organización colegial, lo que implicaría su disolución.

Además, debemos recalcar que la Ley 90-1258 contempla la posibilidad del ejercicio profesional en *sociétés de capital*. De esta forma se reconocen las *sociétés de exercice libéral* (las que pueden revestir la forma de las sociedades de responsabilidad limitada, anónima o comanditaria por acciones). Este elenco fue ampliado por la Ley 2001-420 (del 15 de mayo de 2001), que reconoce la forma de la “sociedad por acciones simplificadas”, la cual (a diferencia de una sociedad anónima) permite -junto con la sociedad de responsabilidad limitada- un único socio.

De todas formas, se ha señalado que cualquiera sea el tipo elegido, las sociedades de ejercicio liberal “se someten a un régimen común mínimo, dirigido a salvaguardar la independencia, las exigencias propias de la actividad profesional y el *intuitu personae* entre los socios, resultándoles aplicables las disposiciones del Código de comercio en lo no previsto por la Ley”²⁴⁸.

De hecho, varias cuestiones centrales se resuelven en sintonía con la ley de sociedades profesionales civiles. Por ejemplo, la prohibición absoluta de competencia, lo que representa que el socio que pertenece a cualquiera de los tipos sociales señalados, no podrá ejercer la abogacía por cuenta propia ni formar parte de otra sociedad.

Además, estas sociedades también están sujetas a las normas deontológicas pertinentes, pudiendo ser pasibles de sanciones disciplinarias hasta ser expulsadas de la organización con la consiguiente disolución.

En cuanto a la *responsabilidad civil*, la sociedad responde en forma solidaria junto con los socios o accionistas que actúen en el seno de la sociedad, quienes responden personalmente de sus actos profesionales que hubieren generado perjuicios. En lo que respecta a las “deudas sociales”, amén de la lógica responsabilidad de la sociedad, la de los socios queda limitada a sus respectivas aportaciones sociales.

Por último, corresponde que hagamos mención a las *sociétés en participation de avocats*, puesta a disposición de los letrados franceses por la Ley 90-1258. Dicha modalidad carece de personalidad jurídica y se caracteriza por su simplicidad constitutiva, pudiendo formar parte de las mismas sólo los abogados. En defecto de estipulaciones específicas se regirán por el Derecho común de las sociedades civiles en cuanto a su funcionamiento.

Respecto de la responsabilidad, es dable destacar que en el art. 23 de la ley citada se deroga lo establecido en el Derecho común, “previando la responsabilidad solidaria frente a terceros por las obligaciones contraídas por cada uno de los socios en calidad de tales”²⁴⁹.

La situación en *Italia* también merece nuestra atención. Por de pronto debemos tener presente que en el año 1939 por medio de la Ley 1815 (del 23 de noviembre), ya se contemplaba la “asociación entre abogados”, dando origen a la figura del *studio associato*. Sin embargo, esta asociación de profesionales carecía de relevancia externa, puesto que en realidad los que se relacionaban con el cliente eran los propios asociados, y no la asociación, teniendo una función meramente instrumental entre sus miembros o limitándose a comunicar las ganancias entre sus asociados.

La citada Ley de 1939 fue derogada por Ley 266 del 7 de agosto de 1997. Así las cosas, de suma importancia en ese país resultó ser el dictado del Decreto Legislativo 96-

²⁴⁸ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad Profesional*, cit., pág. 67.

²⁴⁹ *Ibidem* cita anterior, pág. 73.

"

2001²⁵⁰, el cual representó la incorporación al ámbito nacional de la Directiva Comunitaria 98-5. Pero no sólo se limitó el decreto legislativo a adaptar la realidad italiana a la europea, sino que creó (arts. 16 al 33) en dicho país un nuevo tipo social: *la sociedad profesional entre abogados*.

Esta nueva figura resulta de importancia tremenda en un ordenamiento donde se discutió durante décadas la posibilidad de la organización societaria de las denominadas profesiones liberales -y “protegidas”-. Este nuevo tipo societario se moldea al son de las sociedades en nombre colectivo, con marcado carácter personalista y con relevancia de este elemento personal en el régimen de responsabilidad de los socios, tal como veremos enseguida.

Debe quedar en claro que la sociedad “entre” abogados es el único tipo social mediante el cual puede ejercerse en común la actividad profesional de representación, asistencia y defensa en juicio (según el art. 16.1 del Decreto 96-2001). El objeto exclusivo de tales sociedades es, entonces, “el ejercicio en común de la profesión de abogado; expresión que comprende tanto la asistencia y representación en juicio como la actividad extrajudicial forense”²⁵¹.

En la razón social debe figurar el nombre y título profesional de todos los socios o de algunos de ellos (“y otros”), seguido con las siglas s.t.p. (*società tra professionisti*). Sus socios deben estar en posesión del título de abogado, no permitiéndose la participación de socios no abogados, ni la participación de una sociedad entre abogados. Además, se prohíbe al socio abogado formar parte de otra sociedad de abogados (art. 21 Decreto Ley 96-2001).

A diferencia de la simple asociación contemplada en la ley de 1939, esta nueva sociedad “entre” abogados, a pesar de carecer de personalidad jurídica, es consagrada como un *ente autónomo con proyección* externa, estando así facultada para actuar frente a terceros. De hecho, esta sociedad está sometida a las normas profesionales y deontológicas, siendo responsable directamente desde un punto de vista disciplinario, independientemente de la responsabilidad individual en la que puedan incurrir sus socios.

Además, es la sociedad quien asume el encargo profesional y resulta acreedora de los honorarios profesionales (arts. 24 y 25 del Decreto Ley 96-2001).

En otro orden de cosas, es destacable en la normativa italiana que con la finalidad de salvaguardar el derecho que tiene el cliente de “elegir” libremente al defensor de sus intereses, se le impone a la sociedad el *deber de informar*, antes de celebrar el contrato, los socios que pueden llevar adelante dicho encargo, pudiendo así el cliente escoger al abogado concreto que desee que lleve su asunto. Sólo en defecto de esta libre elección, está facultada la sociedad para determinar al socio concreto que asumirá el encargo, *debiendo comunicar* por escrito tal determinación al cliente. El incumplimiento de los mentados deberes de información y comunicación traen una grave consecuencia para la sociedad: su responsabilidad se verá agravada, puesto que todos los socios responderán de una manera ilimitada y en solidaridad con la sociedad.

Fuera de este caso especial, *la responsabilidad resultante del ejercicio profesional*²⁵², estará en cabeza, además de la *sociedad pertinente, del socio o socios que hayan ejecutado* (inejecutado o mal ejecutado) efectivamente el encargo respectivo. Esta responsabilidad es ilimitada, pero no se contempló en el Decreto Ley 96-2001 que sea solidaria, así que estimamos que debe ser “concurrente”, pudiendo, incluso, resultar dicha responsabilidad personal de los socios, subsidiaria, respecto de la sociedad.

De *Alemania* vamos a decir sólo lo que nos llamó más la atención. Por de pronto el Estatuto Federal alemán aprobado el 31 de agosto de 1998, reguló por primera vez una forma societaria *ad hoc* para el ejercicio en grupo de la abogacía (art. 59, c. y m.). Esta *sociedad de*

²⁵⁰ Este Decreto Legislativo deriva de la Ley 526 del 21 de diciembre de 1999, la cual da actuación a la mencionada Directiva 98-5 y autoriza al gobierno a dictar decretos legislativos y establecer ciertos criterios de la “sociedad profesional entre abogados”.

²⁵¹ Conf. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad*, ob. cit., pág. 83.

²⁵² La responsabilidad derivada del incumplimiento de las “obligaciones o deudas sociales” -ajenas a la actuación profesional propiamente dicha- estará en cabeza de todos los socios quienes responderán solidaria e ilimitadamente frente a terceros, tal como se articulan las sociedades colectivas en el sistema italiano.

abogados (rechtsanwalts-gesellschaft) prácticamente se identifica con la sociedad de responsabilidad limitada.

Sin embargo, esta sociedad no es la única forma de organización que tienen los abogados alemanes para ejercer su profesión en grupo o equipo. Desde el año 1994 se reconoce en la Ley de Sociedades Profesionales las *Partnergesellschaften*, sociedades personalistas muy próximas a la sociedad de mano común, la cual puede tener un patrimonio propio sin que ello implique gozar de personalidad jurídica, puesto que no la ostenta. Además, la sociedad de abogados alemana puede tener la forma *anónima*.

Muy especial de este sistema es remarcar que *las sociedades de abogados pueden por sí mismas ser "postulantes" ante los tribunales*, dirigiendo la defensa de sus clientes, salvo en lo atinente a la defensa penal, la cual es necesariamente personal. Esta singularidad también la constatamos en el *sistema austríaco*, puesto que allí se contempla la posibilidad de que el poder para juicios sea otorgado a la sociedad misma, quien puede representar procesalmente a sus clientes (ello sucede con las sociedades de *partner* y la de responsabilidad limitada).

Volviendo al sistema alemán debemos agregar que *la responsabilidad es exclusiva de la sociedad*. En este vital punto, "la regulación alemana *se aparta del modelo predominante* que atribuye la responsabilidad civil al socio abogado actuante, sin perjuicio que responda -conjunta o subsidiariamente- también, la sociedad de abogados. El modelo alemán parte sobre todo de la consideración que la sociedad de abogados es configurada como una sociedad de capital y que la responsabilidad civil es un sistema de compensación"²⁵³.

Además, se exige a la sociedad de abogados que suscriba un seguro de responsabilidad civil, siendo -ahora sí- responsables concurrentemente sus socios y gestores en caso de que el mismo no estuviera vigente, o si su cobertura resultare insuficiente.

La cuestión en *Portugal* ha pasado por adaptar la ley de sociedades civiles francesa del año 1966 a las peculiaridades de su propio Derecho y de la abogacía en particular. Específicamente el Decreto Ley 513-Q del 26 de diciembre de 1979 reguló un régimen jurídico completo sobre las *sociedades civiles de abogados*, entendiéndose por tales a aquellas constituidas por abogados y que tienen por objeto exclusivo el ejercicio común de la profesión de abogado, con el fin de repartir entre sí los respectivos resultados (conf. art. 1 Decreto Ley 513-Q).

En cuanto al *régimen de responsabilidad*, también se distingue entre las "deudas sociales" de la "responsabilidad profesional" en la que pueden incurrir sus socios en el ejercicio de su actividad propia. De las primeras, responderán los socios con carácter personal, ilimitada y solidariamente, pero con carácter subsidiario respecto de la atribución a la sociedad. Por los actos estrictamente profesionales -los que a nosotros nos conciernen- *la sociedad responderá en forma solidaria con el socio o los socios que hubieren incurrido en mala praxis*, es decir con el o los socios encargados de ejecutar el acto profesional desencadenante de perjuicios. Se prevé, dicho sea de paso, una acción de regreso a favor de la sociedad y en contra del socio responsable²⁵⁴.

Por último, vamos a hacer una breve mención en cuanto a las *sociedades de abogados en Inglaterra y Gales*. Por de pronto se debe tener presente la distinción que existe aún en los países anglosajones entre *solicitors* y *barristers*. El cliente encarga el asunto profesional al *solicitor* y recién éste se pone en contacto con un *barrister* para que asuma la defensa ante los tribunales. La relación que se forma entre el cliente y el *solicitor* constituye un contrato de servicios. Mientras que la formada entre éste y el *barrister* configura una relación "inter-profesional". De esta forma existe una suerte de reparto de competencias que inciden de una manera directa en los servicios que prestan los abogados en Inglaterra y Gales²⁵⁵.

²⁵³ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad Profesional*, ob. cit., pág. 90. La cursiva en el texto nos pertenece.

²⁵⁴ Por más que en otros ordenamientos no exista alguna previsión expresa sobre el particular, lo mismo podría hacerse valer dicha acción recursiva si resultare de la aplicación de los principios generales.

²⁵⁵ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad Profesional*, cit., pág. 101.

Dicha distinción genera otra: que los *solicitors* pueden crear cualquier tipo de sociedad para el ejercicio común de la profesión, mientras que los *barristers* sólo pueden constituir sociedades meramente instrumentales o de medios (*chambers*), ello así para garantizar su ejercicio con independencia y autonomía. Ahora bien, en la actualidad “Entre los *barristers* se está reclamando expresamente la admisibilidad de sociedades profesionales para el ejercicio de su profesión”²⁵⁶.

Al gozar los *solicitors* de la facultad de elegir la forma societaria que más les atraiga y que esté autorizada por los Derechos societarios inglés y galés, citaremos algunas de éstas. Pues la forma social más elegida es la *partnership*, la cual era la única posible hasta el año 1992 y se trata de una sociedad personalista sin personalidad jurídica. Otra forma societaria es la *limited partnership*. Desde 1992 también se puede elegir las sociedades de capital (*incorporated practices*), tal como la *private limited company* (parecida a la sociedad de responsabilidad limitada), la *public limited company* (semejante a la sociedad anónima), entre otras posibles.

Además, en el año 2000 se ha regulado en Inglaterra, Gales y Escocia, la *limited liability partnership*, forma societaria con personalidad jurídica que pretende sumar los beneficios de las sociedades personales y capitalistas, amén de poder servir en el futuro para abrir las puertas a las sociedades multiprofesionales, no aceptadas por el momento²⁵⁷.

En cuanto al régimen de la *responsabilidad civil del solicitador* hay que tener presente el tipo social adoptado. Por ejemplo, en la *limited liability partnership* el socio debe responder junto con la sociedad de la que forma parte sólo por sus infracciones profesionales. Empero, judicialmente se extendió tal responsabilidad, alcanzando también a los socios abogados que no intervinieron en el asunto profesional. Ello, más el aumento de los casos de malas praxis, han llevado a crear “fondos” que garanticen la indemnización total a los clientes que sufrieron perjuicios como consecuencia del mal actuar de su abogado (*Solicitors Indemnity Fund Limited* y *Compensation Fund*). En otras sociedades se exige la contratación de un “seguro obligatorio complementario”, exigencia que parece haberse olvidado en la regulación del año 2000 pero que seguramente será requerida.

Con este breve bosquejo damos por concluido este somero repaso de la realidad actual en cuanto al reconocimiento de las sociedades profesionales de abogados en algunos países europeos. Ahora estamos en condiciones de abordar este tema enfocándonos en los ordenamientos español y argentino.

5) Ordenamientos español y argentino.

5.1. Las llamadas sociedades de medios. Su reconocimiento y utilidad.

Ahora bien, el hecho notorio de la agrupación de abogados nos obliga a realizar algunas consideraciones. La primera de éstas se refiere a la *necesidad de distinguir las diversas formas que emplean los profesionales del Derecho en procura de unir sus esfuerzos*. Es evidente que no es lo mismo agruparse en forma estable, aportando cada profesional los clientes a tal agrupación e incluso adoptando alguna forma societaria, que unirse en forma esporádica, sin compartir siquiera el mismo establecimiento.

Por este motivo en Francia se realizó legislativamente, como tuvimos oportunidad de resaltar, la diferenciación entre las *sociétés civiles professionnelles* de las *sociétés civiles de moyens*. Como bien explica YZQUIERDO TOLSADA “Mediante las primeras los socios aportan propiamente el ejercicio de la profesión (e inclusive la clientela); el crédito por honorarios es un crédito de la sociedad frente al cliente, procediéndose después al reparto según lo establecido. En las sociedades de medios, en cambio, no hay ejercicio común de la profesión, sino comunidad de medios (instalaciones), creada para que cada uno pueda prestar sus servicios a los clientes que con él contraten”²⁵⁸.

²⁵⁶ *Ibidem* cita anterior, idéntica página.

²⁵⁷ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *ob. cit.*, pág. 102.

²⁵⁸ *La responsabilidad civil del profesional liberal*, *ob. cit.*, pág. 213, nota 26.

Esta idea (sociétés civiles de moyens) ha tenido recepción en España -entre otros países-. En efecto, a través de la Circular 80/1999 del Consejo General de la Abogacía española (incorporada al nuevo E.G.A., art. 27.1.c) se determinó que no se pierde la condición de “titular de un despacho individual” aunque el abogado “comparta” los locales, instalaciones, servicios u otros medios, con otros abogados, pero “manteniendo la independencia de sus bufetes, sin identificación conjunta de los mismos ante la clientela”²⁵⁹. Es más, tampoco deja de tener su condición de titular de un despacho singular si comparte su bufete con su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad²⁶⁰. Menos aún perdería su situación si realiza acuerdos de colaboración con otros abogados, o si tiene en su estudio individual pasantes o colaboradores, con o sin relación de dependencia²⁶¹.

También en Argentina está teniendo eco esta modalidad llamada impropia como “sociedad de medios”. Podemos ejemplificar con las reglas de ética profesional para abogados, ratificadas por la Asamblea del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires en marzo de 2006, cuando al tratar el tema de las obligaciones para cada abogado “individual”, las que se aplican “sin restricción alguna, a la firma profesional que ese abogado integre”, aclara que se deberá distinguir “entre una firma profesional y quienes comparten espacio y solo ocasionalmente se consultan o ayudan entre sí”²⁶².

Tal discriminación es sumamente justificada. De esta forma habrá agrupaciones que sólo serán meras “comunidades de bienes” u organizaciones meramente instrumentales y no se les podrá aplicar los principios cual si fuesen verdaderas sociedades. Además, se señaló que la finalidad buscada se alcanzaría con mayor facilidad y transparencia -al menos en el Derecho argentino- a través del “contrato de agrupación empresaria”, el que no implica una sociedad ni, lógico, la creación de un sujeto de Derecho²⁶³.

Vamos a insistir un poco más con esta importante figura, muy utilizada por los abogados españoles y argentinos, en particular por los letrados noveles. En este sentido se ha señalado que constituyen tres sus principales características: primero que esta organización no se limita a la utilización conjunta de los medios patrimoniales, sino que también tiene por objeto el de compartir prestaciones de servicios, lo que implica la asunción de gastos. Además, y de una vital importancia, es que los abogados actúan con total independencia profesional en sus relaciones frente a terceros (salvo las que deriven de los mencionados gastos de co-gestión). En fin, se caracteriza esta forma organizativa, en la ausencia de lucro, entendido éste como ganancia o incremento patrimonial positivo²⁶⁴.

Debe quedar claro que esta forma organizativa *no es una verdadera sociedad profesional*, siendo indispensable que sus integrantes actúen en forma individual en su

²⁵⁹ Nos referimos a las “Normas de Ordenación de la Actividad Profesional de los Abogados”. Tal Circular fue “incorporada” en forma casi literal al Real Decreto N° 658/01, del 22 de junio del 2001, que aprueba el nuevo Estatuto General de la Abogacía española.

²⁶⁰ Art. 27.1.b. del nuevo E.G.A. Es decir que el “despacho familiar”, al no tener ninguna entidad jurídica propia, no constituye una forma de organización específica. El antiguo E.G.A. también negaba el carácter de “despacho colectivo” a la concurrencia de ascendientes y descendientes, tanto por consanguinidad cuanto por afinidad o hermanos, con el abogado titular (art. 35.a). Más allá de los vínculos familiares implicados, dicho despacho no deja de ser “individual” frente al cual existe un *abogado titular*, el que deberá responder en forma directa por la actuación de sus miembros, pasantes y colaboradores, aunque nada diga sobre el particular el E.G.A. Ahora bien, dicho “despacho individual” dejará de tener tal carácter desde el momento en que sus miembros opten por una forma de organización permitida por el Derecho societario profesional. De hecho, puede llegar a constituirse como una “sociedad familiar”, la cual incluso puede adoptar la forma de una sociedad de capital. En tal hipótesis, ya estaremos ante otra situación muy distinta (societaria), siendo de aplicación las reglas previstas en el art. 28 del E.G.A. En igual sentido, ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad Profesional*, cit., pág. 218.

²⁶¹ Conforme al artículo 1 de la Circular 80/1999 y artículo 27 del nuevo E.G.A. Ambas disposiciones son similares y tratan acerca del “ejercicio individual de la Abogacía”.

²⁶² Conforme al art. 16, que alude a las “Sociedades de abogados”. Sin dudas que esta aclaración implica tomar partido por la diferenciación entre una verdadera sociedad con una “de medios”.

²⁶³ ANAYA, Jaime L., *art. cit.*, pág. 273 quien aclara “Hay agrupaciones, por una parte, que no tienen por objeto la realización en común de la actividad profesional ni la distribución de sus resultados, sino que persiguen organizar la gestión de los equipos o medios materiales, la prestación de los servicios, la colaboración del personal. Son organizaciones meramente instrumentales que no sustituyen la actividad individual de cada profesional, cuya situación jurídica no sufre así ningún cambio o menoscabo, percibiendo personal y directamente la remuneración de sus servicios”.

²⁶⁴ Conf. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad Profesional*, cit., pág. 211.

desempeño profesional frente a sus clientes. Por tal motivo no son de aplicación, a estas agrupaciones, las disposiciones previstas en el art. 28 del E.G.A. Ello quiere significar que cada abogado responderá profesionalmente en forma individual frente a su cliente, tanto por las malas prácticas en las que pueda incurrir, cuanto por las actuaciones que efectúen sus pasantes, auxiliares o colaboradores. Por supuesto que en estos últimos casos le quedará al profesional la facultad de repetir frente a los mismos, si correspondiere (conf. art. 27.2 del E.G.A.). Tales reglas elementales también deben ser de aplicación en el sistema argentino, puesto que no constituyen más que derivaciones de principios genéricos aplicables a la responsabilidad civil, independientemente de lo que diremos *infra* acerca de su nuevo Código de Derecho Privado.

En este sentido, el abogado debe identificarse siempre frente a su cliente -tal como exige el E.G.A.-, remarcando que actúa a título individual y no por cuenta y orden de esa "sociedad" instrumental de la que forma parte. De hecho, si los profesionales se identifican normalmente como un "conjunto, grupo o equipo", podrán aplicárseles las reglas pertinentes relativas a la eventual atribución de responsabilidad que correspondería, en tales situaciones, a la sociedad profesional.

Es esta una situación que depende de las circunstancias concretas que puedan concurrir en el caso. Es importante, en este orden de cosas, observar la infraestructura con la que cuentan dichos profesionales, los logos usados en su papelería, su placa identificatoria colocada en la puerta de entrada, sus eventuales documentos escritos (contratos, facturas, minutas, posibles pactos de cuota *litis* -de permitirse dicha modalidad-), su publicidad frente a terceros, etcétera.

Lo cierto es que la confianza que deposita un tercero, en nuestro caso el cliente, debe quedar siempre debidamente resguardada. Por ello si en base a datos objetivos, el mismo entendió contratar con el "conjunto" o "grupo" de abogados, podrá atribuírsele responsabilidad a dicha, ya, "sociedad profesional". Por tal motivo deben ser cuidadosos los abogados en sus relaciones con terceros, en particular con sus clientes con quienes contratan.

Por último, existen autores que en el Derecho español afirmaron que para este tipo de organización la fórmula jurídica que mejor se adapta es el "contrato de sociedad civil". Otras opciones pasan por concebir a su regulación como un "contrato de comunión de bienes o comunidad convencional", no faltando quien señaló que la "sociedad" de medios imprime a ésta un carácter de "comunidad de explotación"²⁶⁵.

Lo realmente importante es destacar que esta forma de organización, por regla, no implica la creación de un ente autónomo, con personalidad jurídica propia. Excepcionalmente, de *factum*, puede tenerla, es cierto, pero en tal situación debemos tener presente cómo se relacionan los profesionales frente a sus clientes, piedra de toque en esta cuestión. Es decir, si actúan a título individual o en nombre y a cuenta de dicha "sociedad". Esto, como se expresó, es determinante a la hora de la eventual responsabilidad civil en la que podría incurrir el letrado imperito.

Por cierto que también existen ciertas situaciones que son tan cercanas a la configuración que hicimos de la "sociedad" de medios, que pueden ser, incluso, especies de la misma, si se la concibe en un sentido amplio. Lo cierto es que *no son sociedades profesionales de abogados en sentido estricto*. Nos referimos a estas dos figuras: la cooperativa de servicios de abogados y la agrupación en interés económico de abogados.

La *cooperativa de servicios*, hay que reconocerlo, es una figura no muy usada por los profesionales del Derecho, puesto que es más dinámica que la simple sociedad de medios ya caracterizada. El objetivo de esta cooperativa es poner a disposición de sus miembros la prestación de suministros o servicios y la realización de operaciones encaminadas al mejoramiento económico y técnico de las actividades profesionales de sus socios. Es una organización que fomenta, normalmente, la creación de servicios con fines expansivos. Puede ser muy útil para ciertos profesionales que necesitan una importante infraestructura y

²⁶⁵ Ver: ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad Profesional*, cit., págs. 211 y 212. En particular puede allí observarse la opinión de algunos juristas españoles que sostienen lo predicado en el texto.

modernización permanente, tales como los médicos, ingenieros y arquitectos. Por ello, repetimos, es una figura dinámica apenas elegida por los abogados²⁶⁶.

En la *agrupación en interés económico*, por otro lado, los socios realizan su actividad profesional con total independencia, puesto que su objeto consiste en una actividad económica “auxiliar” de la que desarrollan sus socios. Por cierto, es éste un instrumento idóneo para efectivizar la cooperación entre profesionales liberales dentro del espacio europeo. Queda claro, entonces, que en ninguna circunstancia tal agrupación puede “ejercer” por sí misma una profesión liberal. Su principal objetivo consiste en la coordinación de los socios, abogados en nuestro caso. Simplemente coordina su actividad profesional, siendo útil en la contratación internacional y en la defensa jurídica más allá de los límites nacionales. Es decir que en lugar de trabajar con “despachos colaboradores”, pueden los abogados - despachos o sociedades- estar coordinados mediante este sistema de agrupación²⁶⁷.

Finiquitando este tema, queremos dejar asentado que el nuevo Código Civil y Comercial argentino dedica un capítulo específico a los “Contratos Asociativos”. Además de regular algunas disposiciones generales, destina normas concretas a: 1) los “negocios en participación” (arts. 1448 a 1452); 2) las “agrupaciones de colaboración” (arts. 1453 a 1462); 3) las “uniones transitorias” (arts. 1463 a 1469); 4) los “consorcios de cooperación” (arts. 1470 al 1478).

Lógicamente no podemos tratar aquí en forma profunda esta riquísima temática, pues sencillamente nos llevaría otra “tesis” su estudio. Sólo resaltaremos que las “agrupaciones de colaboración” y los “consorcios de cooperación”, pueden resultar figuras muy atractivas para los abogados, sobre todo para el desarrollo de su profesión sin la necesidad de crear “otro” ente que los dirija y controle en su ejercicio propio. En un grado menor también resultarán de interés las “uniones transitorias”, siempre que se pretendan ejecutar en común prestaciones o servicios profesionales “concretos”.

Respecto de las “*agrupaciones de colaboración*” dispone el nuevo Código en su art. 1453 que dicho contrato se forma cuando las partes establecen una “organización común” con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros, o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades. En el siguiente artículo (1454) aclara que la agrupación, en cuanto tal, no puede perseguir fines de lucro y las ventajas económicas generadas de tal actividad deben recaer directamente en el patrimonio de las partes agrupadas o consorciadas. Además, en esa misma norma se determina con toda contundencia que dicha agrupación no puede ejercer funciones de dirección sobre la actividad de sus miembros.

También se determina que su dirección y administración debe estar a cargo de una o más “personas humanas” y que son aplicables las reglas del “mandato” (art. 1457). Por otro lado, se establece a renglón siguiente, que las contribuciones de los participantes y los bienes que con ellas se adquieran, constituyen el “fondo común operativo” de tal agrupación. Tales bienes deben mantenerse “indivisos” durante el plazo establecido para su duración, y de hecho los acreedores “particulares” de los participantes no pueden hacer valer sus derechos sobre ellos (art. 1458).

En cuanto a lo que a nosotros más nos interesa, dispone el art. 1459 que los participantes responden “ilimitada y solidariamente” respecto de terceros por las obligaciones que sus representantes asuman “en nombre” de la agrupación²⁶⁸. Además, el “participante representado responde solidariamente con el fondo común operativo” por las obligaciones que los representantes hayan asumido en representación de un participante, haciéndolo saber al tercero al tiempo de obligarse.

Por su parte, en las “*uniones transitorias*” las partes (abogados en nuestro caso) se reúnen para el desarrollo o ejecución de obras, “servicios” o suministros “concretos” (ya

²⁶⁶ Conf. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad...*, cit., págs. 214 y 215.

²⁶⁷ Conf. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad Profesional...*, cit., págs. 215 y 216.

²⁶⁸ Continúa esa misma norma señalando que “La acción queda expedita después de haberse interpelado infructuosamente al administrador de la agrupación. El demandado por cumplimiento de la obligación tiene derecho a oponer las defensas personales y las comunes que correspondan a la agrupación”.

fueran prestados éstos dentro o fuera de la República). Además, dispone el art. 1463 del CCyC que venimos citando, que también las partes pueden ejecutar las obras y servicios complementarios y accesorios al objeto principal.

En cuanto a las “obligaciones” se dispone que por regla, salvo disposición en contrario que conste en el contrato, “no se presume la solidaridad de los miembros por los actos y operaciones que realicen en la unión transitoria, ni por las obligaciones contraídas frente a los terceros” (conf. art. 1467 del CCyC).

Finalmente, respecto de los “consorcios de cooperación” prevé el nuevo ordenamiento argentino que existirá dicho contrato cuando las partes establecen una “organización común” para facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros a fin de mejorar o acrecentar sus resultados, según el art. 1470 del nuevo Código Civil y Comercial.

Además, se establece que el consorcio de cooperación “no puede ejercer funciones de dirección o control sobre la actividad de sus miembros”; y que los resultados que genere la actividad así desarrollada, se distribuirán entre sus miembros en la proporción fijada en el contrato respectivo y, en su defecto, por partes iguales, según lo determinan los arts. 1471 y 1472 del nuevo Código, respectivamente.

En cuanto a la “responsabilidad de los participantes”, se dispone que el contrato puede establecer la “proporción” en que cada miembro responderá por las obligaciones asumidas en nombre del consorcio; ahora bien, en caso de silencio, serán todos los miembros solidariamente responsables, tal como lo determina el art. 1477 del nuevo ordenamiento argentino con el que damos cierre a este interesante tema.

5.2. Despachos colectivos de abogados y sociedades de abogados (*stricto sensu*).

Ahora sí debemos indagar sobre las sociedades de abogados propiamente dichas. Para empezar, diremos que resulta ser de gran importancia *la expresa autorización que hoy gozan los abogados en España para formar sociedades mercantiles -inclusive capitalistas-*. Muchas fueron las voces autorizadas que rechazaban de plano tal posibilidad señalando los inconvenientes de ese régimen²⁶⁹. Sin embargo, normativamente se ha seguido otro camino. Ahora los abogados españoles pueden constituir sociedades anónimas o de responsabilidad limitada para el ejercicio profesional²⁷⁰. Se ha dejado en el pasado la posición que proclamaba que “no se pueden constituir despachos colectivos bajo la forma de sociedades anónimas, ni de responsabilidad limitada, ni asociaciones o entidades mercantiles para el ejercicio de la Abogacía; pues las sociedades mercantiles limitan la responsabilidad y son fundamentalmente sociedades de capital”²⁷¹.

No obstante se exigen varios requisitos con la finalidad de proteger a los clientes y en salvaguarda de la profesión misma²⁷². *Tales exigencias son idénticas a los que constituyen*

²⁶⁹ Se advertía, y con fundamento, que “la integración del profesional liberal en una sociedad sea civil o comercial puede resultar antagónico si no se tiene en cuenta que el carácter estrictamente personal de esta profesión imposibilita que la actividad que se realiza sea referida a un ente abstracto o grupo con entidad propia”, conf. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen – JAIMEZ TRASSIERRA, María del Carmen y OLARTE ENCABO, Sofía, *Las formas societarias del despacho colectivo de abogados*, ob. cit., pág. 18. Por ello es de suma importancia hacer el debido deslinde de lo que implica el “ejercicio” profesional (el que necesariamente debe ser personal) y la relación con los clientes (basada en la fiducia), con la posibilidad de formar sociedades “entre” profesionales (como se denominan en Italia) para conformar un “grupo o equipo” con la finalidad de brindar en conjunto esa actividad sin menoscabar el carácter personal de la prestación. En pocas palabras, es válido -en nuestro modesto sentir, y sin tener presente quizás disposiciones legales concretas- hablar de una sociedad “de” o “entre” abogados y no de una “sociedad profesional”, o “sociedad de abogacía”. Como vemos están en juego los típicos conceptos de *independencia, libertad y responsabilidad*.

²⁷⁰ Conforme al artículo 28 del nuevo E.G.A. y anteriormente receptado en la Circular 80/1999 del Consejo General de la Abogacía española, artículo 1ero de la Segunda Sección.

²⁷¹ Conf. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, N° 6, julio de 1986. En esta línea de pensamiento, debemos agregar que existen autores que han resaltado a la sociedad civil como el tipo social adecuado y hasta necesario para el ejercicio profesional, entre otros: LUCAS FERNÁNDEZ, YZQUIERDO TOLSADA, MEZQUITA DEL CACHO. Otros autores amplían ese espectro a las sociedades mercantiles, pero “personalistas”, tales como: ALBIEZ DOHRMANN, PAZ-ARES, MORENO-LUQUE CASARIEGO; conf. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad Profesional de Abogados*, cit., págs. 122.

²⁷² Ver, además, GAY MONTALVO, Eugenio, *art. cit.*, pág. 33.

algún despacho colectivo sin formalizar estos tipos societarios mercantiles. Por ejemplo, se les pide que en todo momento se identifiquen a sus integrantes; que se constituya tal convenio por escrito y se inscriba en el Registro Especial correspondiente al Colegio donde tuviere su domicilio; que las altas y bajas que se produzcan en su composición se asienten debidamente; además, que no posean ninguno de los abogados que formen parte del despacho colectivo algún estudio independiente del colectivo²⁷³. Ya trataremos estas cuestiones cuando analicemos la sociedad profesional de abogados en sentido estricto.

En otro aspecto, debemos resaltar que otra de las innovaciones que trae el nuevo Estatuto español es la referida al *número de abogados* que puede tener un despacho colectivo. En el derogado E.G.A. se establecía un límite máximo de 20 abogados por cada despacho colectivo. En verdad esta limitación -que también existe y aún no se superó del todo en el ordenamiento anglosajón (*partnership*)- no tenía fundamento válido²⁷⁴. Por ello la Circular del año 1999 no hace distinción alguna y cuando se “incorpora” al nuevo E.G.A. establece expresamente que tal agrupación habrá de tener como objeto exclusivo el ejercicio profesional de la abogacía y estar integrada por abogados en ejercicio “sin limitación de número” (art. 28.2).

Por cierto que *el abogado que pertenezca a algún despacho colectivo* -sea o no sociedad, civil o comercial, personalista o capitalista- *debe siempre gozar de absoluta libertad* a la hora de aceptar o rechazar cualquier asunto del despacho, “así como plena independencia para dirigir la defensa de los intereses que tenga encomendados”²⁷⁵. De tal manera se tutelan los rasgos principales de la profesión del abogado, que se refieren a su independencia, libertad y discrecionalidad técnico-científica²⁷⁶, temas que ya tratamos con antelación.

Al igual que en Francia, en España también se determinó que los “honorarios” que se generen por la actuación de los abogados que pertenezcan al despacho colectivo, serán créditos a favor de la agrupación, sin perjuicio de las normas internas que pudieran tener sus integrantes²⁷⁷.

De esta forma se le otorga al colectivo los matices propios de la “personalidad jurídica”, merced a que podrá ser sujeto activo, verbigracia, en un potencial pleito contra el cliente incumplidor -o contra la otra parte, por cierto-. Por supuesto ello no implica que tengan los despachos colectivos o las sociedades de abogados la postulación procesal *per se*, particularidad que sólo la constatamos en los sistemas alemán y austríaco.

En cuanto a la *sociedad profesional de abogados stricto sensu*, quepa hacer las siguientes consideraciones.

Primero debemos aclarar que cuando hablemos de “sociedad profesional de abogados”, nos estaremos refiriendo justamente a aquellas situaciones en las cuales se adopten un “modelo societario” para el ejercicio en común de la abogacía. Es decir, cuando ya contemos con un ente dotado de personalidad jurídica, quien actuaría directamente frente a terceros, ejerciendo su actividad propia: la prestación de servicios jurídicos.

²⁷³ Artículos 3 y 4 de la Sección Segunda, “Ejercicio de la Abogacía en forma colectiva”, de la Circular 80/1999 citada y art. 28 del E.G.A.

²⁷⁴ En igual sentido se ha señalado que la supresión del número máximo de componentes “resulta coherente con la multiplicidad de formas legales que para una agrupación de abogados se contemplan en el ordenamiento jurídico”, conf. GAY MONTALVO, Eugenio, *art. cit.*, pág. 33.

²⁷⁵ Conforme al artículo 28.5 del E.G.A. y art. 5 de la mentada Circular de su Sección Segunda.

²⁷⁶ Al respecto se ha afirmado que cuando se habla de “independencia” en el ámbito de la sociedad profesional, se quiere resaltar que si bien el hecho de trabajar en una sociedad pueda importar la sujeción a ciertas condiciones materiales (horarios, asignación de asuntos, vacaciones, etc.) no corresponde imponer al socio actuante las modalidades y medios técnicos que ha de observar en el desarrollo de su actividad profesional específica. Por ello se habla de la libertad técnico-científica o de criterio, como tuvimos oportunidad de remarcar. Así entendida la “libertad profesional”, no se opone a la misma la práctica de sujetarse a ciertos “códigos de conducta o manuales de procedimientos” -normas societarias internas que establecen criterios, metodología, valores y principios que deben presidir las actuaciones de los letrados para asegurar la calidad y excelencia profesional con cierto nivel de exigencia ética-, conf. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *ob. cit.*, pág. 152.

²⁷⁷ *Ibidem nota anterior.*

Así las cosas, el sistema español se caracteriza por facilitar a los interesados la totalidad de las estructuras organizativas que se autorizan en su ordenamiento, sin imponer ninguna forma societaria en particular. De hecho, ya resaltamos que ahora los abogados españoles pueden constituir sociedades de tipos mercantiles, pudiendo ser éstas, incluso, capitalistas. Se puede afirmar que el E.G.A. recepta el principio de la libertad de elección del tipo societario.

Sin embargo, se ha señalado con acierto, que el E.G.A. (al igual que el Código de la Abogacía Catalana -C.A.C.-) ha introducido ciertas especialidades en el régimen societario general, siendo los objetivos que se persiguen con tal especialización los siguientes: “por un lado, asegurar la sujeción del ejercicio profesional a través de sociedades a la disciplina y principios deontológicos y, por el otro, integrar las sociedades de abogados en el ámbito colegial”²⁷⁸.

Ahora sí haremos mención a ciertos aspectos interesantes que caracterizan, según nuestro parecer, a estas sociedades de abogados. El primero que debe resaltarse es el referido a su *objeto social*. Como ya señalamos, el art. 28.2 del E.G.A. (al igual que el 65.1 del C.A.C.) determina la *exclusividad* del objeto social. Es decir que se contempla a la sociedad de abogados como aquella que tiene por objeto único y exclusivo el ejercicio de la abogacía.

No obstante, pensamos con ALBIEZ DOHRMANN y GARCÍA PÉREZ que no quedaría desvirtuado dicho objeto “único y exclusivo” si se incluyen en el mismo *actividades complementarias* que contribuyan a su mejor desenvolvimiento. Ello siempre que tales actividades complementarias busquen el propio desarrollo y expansión del ejercicio profesional, como podrían ser actividades de investigación y divulgación científica en el ámbito jurídico, de formación profesional -realización de cursos, seminarios, publicación de libros-, etcétera²⁷⁹.

Además de este objeto social “exclusivo”, el ejercicio de la profesión de abogacía, la sociedad profesional de abogados debe “estar integrada exclusivamente por abogados en ejercicio sin limitación de número” (conf. art. 28.2 del E.G.A.). Ya se hizo referencia respecto de la limitación que contenía el anterior E.G.A., el cual limitaba a 20 el número de abogados en los posibles despachos colectivos. Pues ahora trataremos el tema de su formación.

Claramente la normativa española señala que sólo los abogados en ejercicio pueden formar parte de estas sociedades. Ello implica adoptar el “*principio de identidad*”, el cual excluye la participación de personas ajenas para que contribuyan con bienes o capital al desenvolvimiento del objeto social. Esta tesitura consagrada en el Estatuto nos parece oportuna y correcta, puesto que de esta forma se evitará el riesgo del “intrusismo”²⁸⁰ profesional, garantizando que el ejercicio que desempeña la sociedad no esté en poder de terceras personas, ajenas a la profesión jurídica.

Además, se ha señalado que este sistema lleva hasta las últimas consecuencias al principio de identidad, puesto que en el Estatuto se exige que tanto el capital cuanto los derechos políticos y económicos estén atribuidos únicamente a los abogados que integren el despacho colectivo (conf. art. 28.2 E.G.A.). De esta forma, se conecta “la condición de socio, además de a la de abogado en ejercicio, a la de abogado que presta su actividad profesional exclusivamente en el seno de la sociedad”²⁸¹.

²⁷⁸ Conf. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad...*, cit., pág. 122.

²⁷⁹ *Ibidem* cita anterior, págs. 131 y 132.

²⁸⁰ El término “intrusismo” (de *intruso*) es definido en el Diccionario de la Real Academia Española, en su vigésima segunda edición, como “Ejercicio de actividades profesionales por persona no autorizada para ello. Puede constituir delito”.

²⁸¹ Conf. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad...*, cit., pág. 146. En este punto, y como señalan los autores citados, existe una gran diferencia entre el régimen consagrado en el E.G.A. respecto del Código de Abogacía Catalana, puesto que este último sí permite la participación de personas ajenas a la abogacía (socios de capital), aumentando así las posibilidades de expansión de las firmas catalanas, mejorando sus fuentes de financiación. Por nuestra parte pensamos que es muy alto el precio que se está pagando. Preferimos resguardar a la sociedad entre abogados, y proteger a los “contratantes” -clientes-, antes que buscar su financiación “cuasi externa”.

"

En otro aspecto, el art. 28.3 del E.G.A. señala que la agrupación debe en todo momento permitir la identificación de sus integrantes, y “habrá de constituirse por escrito e inscribirse en el Registro Especial correspondiente al Colegio donde tuviese su domicilio”.

Es claro que, como cualquier sociedad, la de abogados debe cumplir con los *requisitos constitutivos* acorde al tipo social elegido por los letrados. Por ejemplo, si elige alguna forma mercantil, deben realizar por escritura pública su documento constitutivo e inscribirlo en el Registro mercantil, ello amén del cumplimiento de las previsiones del E.G.A.

Por otro lado, se ha remarcado que ni la constancia por escrito del contrato, ni la inscripción en el Registro Colegial, tienen un valor constitutivo. La sociedad de abogados puede perfectamente funcionar sin observar tales condiciones. Claro que procediendo de tal manera los abogados se exponen a eventuales sanciones disciplinarias²⁸².

En el mentado Registro se inscribirá su composición y las altas y bajas que se produzcan (conf. art. 28.3 E.G.A.).

Respecto de la *denominación social*, si bien es frecuente que se usen denominaciones subjetivas (es decir el nombre de uno o varios de los socios, ello por el prestigio que puede representar), hay que reconocer que, en principio, en las sociedades de abogados, su denominación puede ser libremente fijada por sus socios (salvo que, por la aplicación de los principios societarios al caso, el tipo elegido cuente ya con una denominación impuesta).

Es importante resaltar que los letrados que se encuentren agrupados en un despacho colectivo, máxime si se tratare de una sociedad de abogados, “no podrán tener despacho independiente del colectivo y en las intervenciones profesionales que realicen y en las minutas que emitan deberán dejar constancia de su condición de miembros del referido colectivo” (conf. art. 28.4 E.G.A.).

Es claro que lo consagrado es un “*deber de no competencia*”, lo que significa que el abogado que presta sus servicios en un despacho colectivo o en una sociedad de abogados, debe hacerlo en forma exclusiva. Es que en las sociedades de profesionales el trabajo que aporta cada socio es fundamental y afecta a los demás socios y a la sociedad misma. El deber de fidelidad del socio impide que pueda ejercer actividades concurrentes con las de la sociedad. Al respecto se ha indicado que tal regla puede ser dejada de lado por los abogados, pudiendo las partes pactar en contrario, tal como se autoriza expresamente en el Código de Abogacía Catalana (art. 68.4)²⁸³.

No obstante, las actuaciones que realicen los letrados integrantes del despacho colectivo referidas a la asistencia jurídica gratuita, tendrán carácter personal, independientemente que se pueda solicitar la facturación a nombre del despacho colectivo (art. 28.4 *in fine* del E.G.A.).

Con lo dicho damos finiquito a esta cuestión haciendo simplemente un balance final respecto de los posibles tipos societarios que tienen al alcance los letrados para ejercer su profesión. Pues bien, no obstante gozar de la facultad para elegir el tipo societario que mejor les parezca, pensamos que las sociedades personalistas resguardan mejor la independencia y libertad con las que debe desarrollar su cometido el profesional del Derecho -siendo incluso preferible las civiles antes que las mercantiles-. Seguramente los tipos capitalistas tengan mayor posibilidad de expansión en un “mercado” cada vez más exigente. Pero, insistimos, las sociedades personalistas se acomodan con mayor facilidad a los rasgos propios de esta noble profesión.

5.3. Sobre la responsabilidad disciplinaria y civil de los despachos colectivos y de las sociedades de abogados.

²⁸² Conf. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *ob. cit.*, pág. 132.

²⁸³ Conf. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *ob. cit.*, págs. 158 y 159. Por nuestra parte tenemos dudas sobre el carácter no imperativo del deber de abstención o competencia. Al contrario, nos parece todo el articulado del E.G.A. -al menos lo concerniente al tema que nos ocupa- de propiedad del *ius cogens*.

Indaguemos ahora lo que más nos interesa *¿qué sucede con la responsabilidad en la que puedan incurrir los integrantes de la agrupación?* A tal interrogante conviene responderlo por partes.

En primer orden conviene resaltar que, desde el punto de vista disciplinario, *el Colegio Profesional no tiene prerrogativas directas sobre el “colectivo” (la “sociedad” misma -de tratarse de un tipo societario el adoptado-), sino sobre sus integrantes, los abogados considerados individualmente.* Ello se traduce en el sentido que cada miembro de la agrupación responde en forma “personal” por las faltas disciplinarias que pudiere cometer en ejercicio de su labor²⁸⁴. Ahora bien, si la transgresión deontológica es atribuible a todos los integrantes, a éstos se les sancionará en forma individual, pudiendo quedar todos ellos afectados.

En conclusión: no existe alguna falta ética que pueda cometer la agrupación, *per se*. Son sus integrantes quienes la realizan y a éstos se les aplica las consecuencias jurídicas que trae aparejada la sanción disciplinaria²⁸⁵.

Sin embargo, tal como tuvimos oportunidad de remarcar, *en otros ordenamientos jurídicos puede ser la sociedad misma objeto de medidas disciplinarias, solución que nos parece correcta.* Incluso puede llegar a determinarse la expulsión de la sociedad -al igual que de cualquier profesional individual- por incurrir en ciertas faltas consideradas graves. Hecho éste que tendría la virtualidad de disolver de pleno derecho a la mentada sociedad. Pero para el E.G.A., insistimos, no puede la sociedad como tal incurrir en faltas a las normas deontológicas o, mejor dicho, no será objeto de sanción alguna en ese sentido.

Ahora bien, debemos tener presente, además, que existen determinados *deberes que se “extenderán” a todos los integrantes de la agrupación.* Normativamente se determinó que el secreto profesional, las incompatibilidades que afecte a cualquier integrante y la prohibición de actuar en defensa de intereses contrapuestos, se amplían a todos los miembros del despacho colectivo²⁸⁶.

Nos parece sumamente acertada tal extensión, puesto que la *confianza* que deposita el lego (cliente que generalmente es “profano”) en un profesional debe ser debidamente protegida. Recordemos lo que sentamos con antelación en el sentido de que tanto desde el punto de vista penal, cuanto civil y disciplinario, dicha confianza se encuentra debidamente resguardada²⁸⁷.

En lo referido a la *responsabilidad civil en la que pudiere incurrir algún letrado miembro del despacho colectivo, y el despacho mismo,* las reglas que deben aplicarse no difieren demasiado respecto de las que ya habíamos tenido oportunidad de indicar cuando tratamos lo relativo a la atribución hacia el principal²⁸⁸ por el hecho de sus dependientes.

En efecto, en idéntico sentido afirmamos que *podrá existir una atribución de responsabilidad hacia la agrupación misma, quien deberá responder en forma indirecta por el mal desempeño de algún integrante del despacho colectivo. Ello no obstante la responsabilidad personal y directa que siempre estará en cabeza del abogado que haya actuado²⁸⁹ en la emergencia, el que realmente haya incurrido en mala praxis “legal o forense”.*

²⁸⁴ Circular citada, artículo 6to (2da. Sección).

²⁸⁵ Característica que acerca, aún más, el régimen disciplinario al jurídico penal, tal como remarcamos en el capítulo primero. De allí la necesidad de cumplir con las reglas del debido proceso tendientes a garantizar el derecho de defensa y el principio de inocencia.

²⁸⁶ Ver, además, el artículo 7, inc. 2do, de la Ley Provincial N° 5233 de la Provincia de Tucumán, República Argentina, en cuanto se refiere a la prohibición de representar a partes contrarias, que pesa sobre “los abogados asociados entre sí”.

²⁸⁷ El propio Código Deontológico de Abogacía española proclama en su artículo 4.1 que “la relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de éste una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente”; y el art. 4.2 expresa que “el abogado está obligado a no defraudar la confianza de su cliente y a no defender intereses en conflicto con los de aquél”. Ya tuvimos oportunidad de citar varias sentencias del Tribunal Supremo haciendo aplicación de dichas normas que constituyen verdaderos pilares de la profesión.

²⁸⁸ Sentamos esas reglas cuando el despacho colectivo era considerado como “principal”.

²⁸⁹ Por “abogado actuante” se puede entender a aquel profesional del Derecho que “asume frente al cliente la prestación personal del servicio encomendado a la sociedad, aquel otro que lleva la dirección o vigilancia de

Sin embargo, la solución no es tan sencilla. Primero porque debemos tener presente si el ordenamiento permite el uso de alguna forma societaria. De ser así, al constituirse el despacho colectivo con la modalidad de una sociedad “típica”, habrá que ponderar lo dispuesto para tal supuesto específico. Entonces, en algunas ocasiones se podrá responsabilizar a ese ente ideal, en tanto que en otras resultará más dudosa dicha atribución, al menos para que responda en forma íntegra, ilimitadamente²⁹⁰.

También algunas veces serán únicamente los letrados actuantes los que deberán dar respuestas de sus propios incumplimientos (vg. lo que sucederá con las mal llamadas “sociedades” de medios).

También es posible que sólo la sociedad pueda ser sindicada como responsable, y eventualmente responder frente al cliente sin rozar siquiera dicha atribución a sus socios profesionales, autores materiales del “ilícito” (vg. la sociedad de responsabilidad limitada de abogados alemana, creada por ley del 31 de agosto de 1998).

Otras, serán responsables ambos, sociedad y abogados, en forma solidaria o al menos concurrente. Todavía cuadra la posibilidad que la sociedad sea condenada en forma subsidiaria a los abogados, autores materiales. Como si fuese poco este elenco posible, existe, por fin, la situación en la cual deberá responder en primer orden la sociedad profesional y posteriormente el abogado -o los abogados- imperito.

Como observamos la situación dista de ser clara. Obsérvese lo que sucede en Francia, o en Alemania, o en la misma España. Ni hablar de Italia.

Siguiendo con nuestro enfoque anunciado, es claro que en España se permite expresamente que los abogados puedan constituir sociedades mercantiles. Sin embargo, también en forma contundente, se determina que “*la responsabilidad civil frente al cliente derivada del ejercicio profesional se extenderá con carácter personal, solidario e ilimitado a todos los Abogados que hayan intervenido en el asunto*”²⁹¹.

Es decir que pueden los letrados crear una sociedad de responsabilidad limitada -o anónima-, pero, a pesar de lo establecido “*conforme al régimen general que corresponda a la forma de agrupación utilizada o a los pactos internos*”²⁹², *los abogados intervinientes son solidaria, personal e ilimitadamente responsables. Esta situación nos deja inquietudes: tal responsabilidad personal ¿se suma a la colectiva? Si se agrega a ésta, ¿es solidaria? ¿Acaso concurrente? ¿Es subsidiaria de la correspondiente a la agrupación, o viceversa? ¿Deroga de plano lo establecido en los Códigos de fondo en cuanto al tipo societario*²⁹³?

En fin, pensamos que muchos de los interrogantes se hubieren disipados si tan sólo en el nuevo E.G.A. se hubiese vedado el uso de las formas societarias capitalistas, tal como pregonaba autorizadísima doctrina. Pero como tal cosa no se hizo, pasamos someramente a

otras personas y aquellos que, en condiciones de igualdad, asumen frente al cliente la coparticipación en la prestación del servicio”, conf. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *ob. cit.*, pág. 171.

²⁹⁰ Sin embargo, compartimos plenamente el criterio que afirma “que no resulta admisible la personalidad de las agrupaciones para oponerla a los clientes y a los colegios respectivos, pues ello atenta contra estos principios básicos (individualización de los profesionales actuantes y deslinde de la responsabilidad personal -civil, disciplinaria y penal- y la que concierne a la sociedad)”, conf. FARINA, Juan M., *art. cit.*, pág. 1019 y ANAYA, Jaime, L., *art. cit.*, pág. 273. Lo escrito entre paréntesis es nuestro. Con ello queremos significar que aún en los casos que el despacho se haya configurado como sociedad comercial (vg. sociedad anónima o de responsabilidad limitada), ese tipo específico no servirá para limitar su plena responsabilidad civil, si es que la misma le resulta atribuible. Por supuesto que nunca dejaremos de lado la responsabilidad personal del abogado que protagonizó el eventual perjuicio.

²⁹¹ Conforme al artículo 7 de la Sección Segunda de la mentada Circular, y art. 28 del E.G.A. El artículo 28.7 del E.G.A. literalmente reza: “La responsabilidad civil que pudiere tener el despacho colectivo será conforme al régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada. Además, todos los abogados que hayan intervenido en el asunto, responderán civilmente frente al cliente con carácter personal, solidario e ilimitado”. En este sentido puede verse la normativa catalana que también sienta una regla parecida, conforme al art. 68 del C.A.C.

²⁹² *Ibidem nota anterior.*

²⁹³ Insistimos en que la personalidad jurídica -en este caso sociedad comercial- no debiera resultar oponible al cliente perjudicado, por ejemplo, limitando su responsabilidad.

"

responder desde nuestra óptica, haciendo un breve bosquejo de lo que entiende la jurisprudencia sobre el tema.

En este sentido diremos que: *existe responsabilidad personal siempre*, aún cuando el grupo haya adquirido forma societaria, y no importa el tipo social adoptado²⁹⁴. Esta responsabilidad es a título personal del abogado, autor material. Es que si tanto insistimos en que el abogado debe gozar en todo momento de independencia y libertad técnico jurídica (o de criterio), aún cuando se desempeñe en una sociedad capitalista o bajo el ropaje de la dependencia; pues la responsabilidad en la que pueda incurrir no es más que la contracara de esa libertad. Por ello debe brindar respuestas patrimoniales. Es claro que debe responder en tanto que *profesional* que incumplió las previsiones requeridas en la emergencia por su *lex artis* particular, y no por ser miembro o socio de alguna sociedad.

También puede atribuirse este daño al grupo al que pertenece, sea o no sociedad. El "despacho colectivo" deberá responder en forma indirecta, aunque contractualmente. El letrado -o los letrados- responde en forma directa y contractualmente, no obstante haberse celebrado el contrato de servicios profesionales entre la sociedad y el cliente (y más allá del intento unificador de responsabilidades proclamado en el nuevo Código de Derecho Privado argentino).

Tal sumatoria de responsabilidades debiera ser cuando menos en forma concurrente. En verdad sería preferible que *la agrupación responda en forma eventual o subsidiaria a la del verdadero protagonista dañoso, es decir que sólo se haga cargo frente a la insolvencia judicialmente decretada del abogado*²⁹⁵.

De hecho, cuando el E.G.A. nos expresa que los profesionales intervinientes son "solidariamente" responsables, está refiriéndose a que entre ellos existirá tal vínculo reforzado, reglando la situación en las cuales sean dos o más los abogados involucrados y no se pueda establecer la verdadera etiología dañosa. No se refiere a la responsabilidad de la sociedad -en tanto que ente jurídico- con la de los autores materiales. Para establecer esta segunda solidaridad, que ya afectaría cuando menos a las reglas del Derecho societario, entendemos que necesitaríamos una ley (en sentido material), no alcanzando con establecerla en forma estatutaria.

En cuanto a lo que entendió la jurisprudencia, el derecho vivo, sobre estas cuestiones, queremos dejar constancia de algunos fallos relevantes. Así, por ejemplo, ha resuelto el Tribunal Supremo español, en la sentencia de fecha 13 de mayo del año 2014, al declarar la inadmisión del recurso de casación por falta respecto a la valoración de la prueba, que la Audiencia Provincial, cuya resolución confirma, consideró que los requerimientos realizados a través de diferentes burofax a ciertas empresas distribuidoras de los productos de la actora, "no se realizaron en su propio nombre, sino dentro de su relación de abogado con las entidades codemandadas, sin que se haya probado que actuara, en modo alguno, extralimitándose del mandato que se le había conferido en defensa de sus intereses. De hecho señala la sentencia, que las codemandadas defienden su actuación en el marco de su actuación profesional. De esta falta de legitimación se deriva la del despacho de abogados codemandado"²⁹⁶.

También ha señalado el Supremo, en una importante sentencia de fecha 21 de noviembre del año 2013, que *el cliente perjudicado por la actuación negligente del abogado puede reclamar a cualquiera de los letrados del despacho por responsabilidad solidaria*. En tal resolución consideró el T. S. que "los efectos de la relación jurídica concertada entre la

²⁹⁴ Por lo menos en este aspecto la ley es contundente.

²⁹⁵ De tal forma se reduciría el riesgo de la relajación en las conductas de los profesionales, quienes asumirán su prestación con el máximo de celo y diligencia exigibles, tal como debe ser. Además, nos parece que de esta manera se estaría actuando preventivamente, amén de resguardar la debida protección resarcitoria del potencial cliente perjudicado.

²⁹⁶ STS, Sala Primera, de lo Civil, 13-5-2014; esta sentencia puede verse en la obra de LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *Selección de Jurisprudencia. Responsabilidad civil de abogados y procuradores. Responsabilidad Civil y Seguro*, Editorial SEPIN, Madrid, 2016, pág. 15. Lo que queremos resaltar de esta resolución del Supremo, es, principalmente, que siempre será necesario constatar la impericia del letrado que haya asumido el encargo profesional, para después poder, o no, según sea el caso, atribuírsele dicha responsabilidad al despacho de abogados del que forma parte, si es que se comprueban, como señalamos en el texto, los necesarios requisitos para cerrar el ciclo completo (y complejo) de responsabilidad, fundamento para finalmente llegar a un responsable -o a varios-.

demandante y el codemandado titular del despacho han de hacerse extensivos al codemandado Sr. Florentino, por cuanto su intervención admitida en dicho procedimiento lo fue como colaborador y no de absoluta dependencia como lo sostiene el letrado; ambas figuras jurídicas se contemplan expresamente en el Estatuto General de la Abogacía Española en sus arts. 27 y 28, donde al regular el ejercicio individual, colectivo y multiprofesional de la Abogacía, señala, entre otros extremos, que el ejercicio de la abogacía por cuenta ajena, en régimen de especial colaboración, habrá de pactarse expresamente por escrito fijando las condiciones, duración, alcance y régimen económico de la colaboración (art. 27.3), lo que en modo alguno ha quedado acreditado, ni puede desprenderse de las tarjetas de visita aportadas por el codemandado en el que se indica el nombre del despacho del Sr. Víctor y su nombre. Por el contrario, la relación existente entre los dos letrados demandados se ajusta a la situación prevista en el art. 28 del Estatuto indicado, donde al regular el ejercicio de la abogacía colectivamente, mediante agrupación de cualquier forma lícita en derecho, señala que la responsabilidad civil que pudiera tener el despacho colectivo (art. 28.7) será conforme al régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada; y, continúa el precepto, ‘además todos los abogados que hayan intervenido en el asunto responderán civilmente frente al cliente con carácter personal, solidario e ilimitado’. En consecuencia, la asunción de responsabilidad por el Sr. Víctor producirán los efectos que le son propios dentro de la relación interna de colaboración existente entre los dos demandados, pero ello en nada afecta a los derechos del cliente, quien ha sufrido las consecuencias de una actuación negligente atribuible a los dos demandados y de la que ambos son responsables solidarios por disposición legal, de manera que siendo la acción ejercitada contra ambos la misma, idéntica la causa de pedir y análoga finalidad y existiendo solidaridad jurídica entre los demandados, a los que se exige una misma prestación, no es posible fallar en forma distinta respecto de cada uno de los obligados, tal como señala el tribunal Supremo en la sentencia de fecha 25 de septiembre de 2000, por lo que no es posible analizar la actuación del Sr. Pedro Jesús desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual, con las consecuencias derivadas de ello, incluida la posible prescripción de la acción contra él ejercitada, sino desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, por cuanto existió un único contrato de prestación de servicios, en cuyo desarrollo intervino el codemandado, que lo hizo con pleno conocimiento de su alcance y repercusión y produjo unas consecuencias en la otra parte que concertó los servicios, por lo que es dentro de ese ámbito contractual específico que regula la prestación de servicios de asistencia y dirección jurídica como debe analizarse su intervención, al margen de las motivaciones personales que le llevaran a aceptar esa intervención, que producirán efectos en su relación interna con el otro codemandado, pero no le afectan al tercero ajeno a la misma”²⁹⁷.

Las Audiencias Provinciales también merecen ser citadas, pues existen importantes sentencias de las que debemos dejar debida constancia. En efecto, la A. P. de Barcelona, Sec. 17^a, en fecha 16 de diciembre de 2015, resolvió responsabilizar en forma solidaria a los codemandados (dos abogados), porque no consta que hicieran actuación jurídica alguna en defensa efectiva de los intereses de la actora, lo que determinó en la pérdida de la mayor parte de las fincas adjudicadas, salvo una²⁹⁸.

²⁹⁷ STS, Sala Primera, de lo Civil, 21-11-2013; esta resolución puede verse en LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *ob. cit.*, págs. 317 y 318. Nos tomamos la licencia de transcribir la parte central de dicha sentencia por dos motivos principales: primero puesto que no existen muchas resoluciones sobre el particular, menos emanadas del Supremo; y segundo por los múltiples temas que aborda, cuestiones que a grandes rasgos compartimos.

²⁹⁸ A. P., de Barcelona, Sec. 17^a, 16-12-2015. Allí se establece, como se dijo en el texto, la responsabilidad solidaria de los codemandados. También se hace hicampié, en tal sentencia, en la necesaria relación de causalidad que debe existir en la responsabilidad civil, bajo estos términos “Siguiendo la doctrina judicial más reciente, recogida, por ejemplo, en la STS de 19 de febrero de 2014 ‘la necesaria vinculación de causa-efecto entre la conducta negligente del agente y el daño cuya indemnización se reclama es un presupuesto de la responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, y cualquiera sea el título de atribución’... estimamos que la indiscutida falta de inscripción de los mandamientos fue causa eficiente del resultado consistente en la definitiva privación de los inmuebles a la actora, dada la adquisición de los mismos por un tercero, con carácter irrevindicable, lo cual no habría sido posible de haberse instado la señalada falta de inscripción de los mandamientos o, incluso de haberse solicitado la posesión efectiva de los inmuebles, o cuando menos, de haberse interesado la prórroga de la anotación preventiva respecto de los inmuebles que la tenían concedida. Antes al contrario, lo que consideramos acreditado es que, desde la expedición de los mandamientos y el fax dirigido al procurador señalándole que esperara instrucciones, no consta que se hiciera actuación jurídica alguna en defensa efectiva de los intereses de la actora ni por el Sr. Primitivo (quien cuestionó la acreditación del nexo causal y sindicó como responsable al Sr. Adolfo) ni por parte de ninguno de los miembros del indicado despacho, lo que determinó la pérdida de la mayor parte de las fincas adjudicadas, salvo una, y esta última fue regularizada por la intervención de un tercer despacho de abogados una vez que la actora revocó el encargo que

La A. P. de Madrid, Sec. 14^a, en fecha 16 de marzo de 2015, declaró la responsabilidad de la asesoría, por ser quien proporcionó a la actora el letrado, cuya incomparecencia a la vista sólo puede ser atribuida a éste, en estos términos “La responsabilidad del letrado designado por Arrabe por la incomparecencia al juicio ha de conllevar la correspondiente indemnización, pues supuso una disminución de las posibilidades de defensa de la parte, al no poder presentar las pruebas oportunas que justificarían el cambio de horario pretendido por la empresa”²⁹⁹.

La A. P. de Valencia, Sec. 8^a, en fecha 15 de enero de 2014, declaró que no se trata de una responsabilidad por “hecho ajeno”, pues aunque se encomendó la actividad a dos personas cualificadas, no hay subordinación entre éstas y la firma³⁰⁰.

Finalmente, la A. P. de Madrid, Sec. 9^a, en fecha 26 de febrero de 2010, señaló que aunque el abogado perteneciera a un despacho, no consta que se contratara a este último, por lo que no hay falta de legitimación pasiva³⁰¹.

Además, es claro que algunas de estas reglas, comentarios o sentencias, son aplicables al Derecho argentino, pero siempre debemos tener presente sus propias normas, sobretudo las posibilidades de agrupación (vía contratos asociativos) que recientemente incorporó el nuevo Código Civil y Comercial³⁰².

ya, para aquel entonces, detentaba en solitario el Sr. Primitivo... Todas las circunstancias precedentes nos llevan a apreciar responsabilidad solidaria de ambos codemandados”; dicha sentencia puede verse en la obra de LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *Selección de Jurisprudencia...*, *ob. cit.*, págs. 318 y 319; lo señalado entre paréntesis nos pertenece.

²⁹⁹ Fallo que puede consultarse en la obra de LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *ob. cit.*, págs. 313 y s.s.

³⁰⁰ En este caso, los letrados demandados pretendían usar como defensa exculpatoria lo preceptuado en el último párrafo del art. 1903 del Código Civil español, esto es que emplearon en el caso toda la diligencia necesaria de un “buen padre de familia”. Pero dijo la Audiencia Provincial con contundencia que tal argumento es inaceptable por los siguientes motivos: 1) porque el precepto citado se aplica a la responsabilidad extracontractual o aquiliana, pero aquí estamos ante un vínculo de naturaleza claramente contractual, derivado de una relación de prestación de servicios; 2) porque la jurisprudencia viene declarando que para que entre en juego el último párrafo del art. 1903, se exige como presupuesto indispensable una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa demandada, o lo que es igual, la existencia de una subordinación entre el agente y el empresario, siempre, por supuesto, que se acredite la culpa o negligencia del dependiente y no parece que sea ello predicable a los distintos profesionales que forman parte de un despacho colectivo respecto a este último; 3) porque, al examinar el tema de la falta de legitimación pasiva, la relación de servicios se concertó con Gabinete Segarra S. L. y no con las distintas personas que formasen parte de él, por lo que en puridad no cabe hablar de responsabilidad por hecho ajeno, que es la situación que recoge el precepto. STS, Sala Primera, de lo Civil, 13-5-2014; Ver: LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *ob. cit.*, pág. 320.

³⁰¹ Dicha sentencia dice literalmente que “En cuanto a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, desestimada en la instancia, lo que viene a sostener el apelante Sr. Gonzalo es que el demandante Sr. Bernabé no le contrató a él como abogado, sino al despacho al que pertenece dicho abogado, Ruiz Elvira y Asociados, S.A., por lo que debería de haberse demandado a éste. Tal alegación no cuadra con un litisconsorcio pasivo necesario (artículo 12.2 de la LECivil), pues no se sostiene que abogado y despacho deberían figurar como demandados, sino que en lo que en realidad se alega supondría la falta de legitimación pasiva del abogado demandado. Esta excepción no se alegó, no pudiendo ahora resolverse como cuestión nueva, bastando comprobar que la prueba practicada no acredita que el actor Sr. Bernabé contratase al despacho del abogado mencionado, sin que puedan acreditar esa supuesta contratación los documentos acompañados a la contestación de la demanda (propuesta de honorarios, pago y cheque de REA), al evidenciar estos únicamente que D. Gonzalo pertenece al mismo y enmarca sus actuaciones como perteneciente al despacho. Tales actuaciones unilaterales no tienen valor para demostrar que el cliente contratase con Ruiz Elvira y Asociados, SA y no con el propio Sr. Gonzalo, que fue quien realizó todas las actuaciones al entrevistarse con el Sr. Bernabé, firmar los escritos y actuar ante Juzgado y Audiencia Provincial. Lo que impone desestimar el motivo”; ver: LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *ob. cit.*, pág. 19.

³⁰² En cuanto a la posibilidad de la “extrapolación” de lo predicado en un sistema u ordenamiento jurídico en particular, a otro, es evidente que de acudir a tal procedimiento, el mismo debe realizarse con los cuidados pertinentes. Por ejemplo, la doctrina de los autores puede ser perfectamente compartida, pero jamás debemos olvidar las bases legales y jurisprudenciales en las que se fundamentan. En cuanto al aspecto legal, es evidente que las soluciones pueden ser distintas entre los diversos sistemas u ordenamientos en cuestión. Y respecto de la jurisprudencia misma, debemos tener presente que cada resolución citada trata sobre un caso en especial con todas las particularidades que lo hacen verdaderamente único, con lo que queremos significar que variando tan solo una circunstancia fáctica (o legal), la solución puede ser exactamente la opuesta a la que queremos dejar como ejemplo de tal o cual tesis o doctrina judicial. Ello sucede tanto en el propio país en el cual la resolución es dictada (que muchas veces cuenta con jurisprudencia contradictoria, o cambios de posturas radicales, etc.), y con mayor razón en aquellos ordenamientos en el cuales se la quiere tener por camino a seguir, ejemplo, o solución a un conflicto determinado.

A nivel “provincial” y referido exclusivamente a nuestra materia, el panorama es dicho país no brilla precisamente por su claridad. En efecto, la posibilidad de la formación de sociedades de profesionales de la abogacía a veces resulta expresa en el sistema normativo³⁰³, otras se infiere tácitamente³⁰⁴. Por supuesto que hay que estar ciego para negar la realidad, la que a todas luces nos demuestra la formación de “despachos colectivos” con personalidad propia, a veces, incluso, con matices capitalistas. Ya volveremos sobre el particular al concluir este capítulo.

Ahora, de vital importancia es remarcar que *en todos los casos en los que no exista un verdadero “grupo” no será posible extender la responsabilidad profesional al agrupamiento*. Ello significa compartir plenamente el criterio francés de las *sociétés civiles de moyens*³⁰⁵, con la salvedad, repetimos, que ni siquiera debiera tener este nombre, ya que da lugar a cierta confusión llamar “sociedad” -por más civil y de *medios* que pueda ser-, a una situación muy alejada a la necesaria para configurarla³⁰⁶.

Dicho sea de paso, dentro del elenco de contratos asociativos que prevé el nuevo Código Civil y Comercial, los “consorcios de cooperación” se asemejan bastante a estas mal llamadas sociedades de medios.

También compartimos el criterio sostenido en el X Encuentro de Abogados Civilistas, que nos cita nuestro estimado amigo HERNÁNDEZ, en tanto allí se recomendó que “La prestación profesional de uno de los integrantes de un estudio colectivo puede generar responsabilidad civil concurrente de los demás miembros del grupo cuando el cliente demuestre que ha depositado su confianza en la *apariencia* de mayor efectividad que supone la actuación en común del equipo o en el prestigio de la persona de su titular, con fundamento en el principio general de la buena fe y en las normas del régimen de defensa del consumidor (arts. 42, CN, y arts. 2º y 8º, ley 24.240)”³⁰⁷.

Es claro que ya dijimos que en general -excluyendo el caso paradigmático del Código del Consumidor brasileiro- los profesionales liberales, y entre ellos los abogados, están exentos del régimen tuitivo que implica la Defensa de los Consumidores. De hecho, el art. 2 de la ley 24.240 expresamente señala que “No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la *publicidad* que se haga de su ofrecimiento”. El sentido de dicha exclusión radica en que los particulares afectados, también tienen a su alcance, amén de la tutela judicial, la instancia ante los Colegios respectivos (vg. Tribunal de Ética).

Ahora bien, uno de los supuestos de excepción, que habilita el acceso a las normas de tutela de Defensa del Consumidor (hoy regladas en la ley 24240 con sus modificaciones -vg. ley 26.361- y en el reciente Código Civil y Comercial), lo constituye la *publicidad* de la que se valen los profesionales liberales y en opinión de HERNÁNDEZ, ello constituye una decisión acertada con importantes consecuencias prácticas. “Piénsese en el contratante de servicios profesionales de carácter jurídico que, por intermedio de la publicidad, pudo haber creído celebrar el contrato de prestación profesional con el grupo que integra el despacho

³⁰³ Por ejemplo, en la normativa que venimos siguiendo, tales las nuevas reglas de ética profesional ratificadas por Asamblea del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, se establece en su artículo 16 que “*los abogados pueden asociarse entre sí y aún es recomendable que lo hagan para asegurar una mejor atención de sus asuntos. Siempre y cuando se respeten las incompatibilidades manifiestas (por ejemplo, auditorías contables o calificadoras de riesgo)*”. Al respecto se dijo que “si bien las normas antiguas consideraban aconsejable la asociación con otros abogados para una mejor atención de la clientela, expresamente se reprobaba la formación de sociedades con procuradores y se consideraba falta aún más grave la asociación con terceros (profesionales o no) ‘con el propósito ostensible o implícito de aprovechar su influencia para conseguir asuntos’”, BECCAR VARELA, Damián F., “Las nuevas reglas de ética profesional”, *cit.*, pág. 116. Claro que esta óptica se modificó sustancialmente, debido a que ahora se permite la formación de estudios multidisciplinarios, tema que trataremos a continuación.

³⁰⁴ La Ley 5233 de la Provincia de Tucumán reza en su artículo 7, inciso 9 que los abogados no podrán “*celebrar contratos de sociedad profesional con personas que no sean abogados o procuradores*”.

³⁰⁵ Doctrina por demás apropiada que ha sido receptada tanto en el sistema español, cuanto en el argentino, como tuvimos oportunidad de señalar.

³⁰⁶ Piénsese en la *affectio societatis*, en la falta de personalidad, en la carencia de órganos societarios, en la cuestión referida a los aportes comunes y la distribución de los beneficios –o pérdidas-, etcétera.

³⁰⁷ Ver: HERNÁNDEZ, Carlos A., *art. cit.*, pág. 129, cita 20.

colectivo en el que actúa su abogado y que se presenta ofreciendo sus servicios en un ámbito determinado, valorando el grado de la organización, su presencia en el medio en el que actúa, el tratamiento integral de los asuntos encargados dada la formación especializada de sus miembros, etcétera”³⁰⁸. *Infra* se volverá sobre este tópico; sólo queremos resaltar aquí que ante tales situaciones, amén de la aplicación de normas mucho más favorables para el cliente (Defensa del Consumidor), podrán ser responsables “concurrentes” los letrados que integren el despacho colectivo.

En otro sentido, somos conscientes que muchos de estos verdaderos inconvenientes se solucionarían fácilmente si los letrados actuaran siempre tutelados por un *seguro de responsabilidad civil profesional, el cual sería conveniente incluso extenderlo a las actuaciones de la sociedad profesional o despacho colectivo, suscribiendo para ello uno a su nombre.*

En verdad más que proteger al profesional, también se estaría, así, garantizando cierta solvencia y seriedad frente al cliente. De esta forma no sería necesario crear doctrinas jurídicas -a veces fantásticas- para atribuir responsabilidad, en definitiva, solamente a alguna persona -por lo general *jurídica*- porque tiene espaldas suficientes como para poder responder patrimonialmente³⁰⁹.

6) Estudios multidisciplinarios.

No podemos dar finiquito a esta cuestión sin referirnos al tema relativo a los *estudios multidisciplinarios*. Es decir, a la posibilidad de *cooperación coordinada de letrados con otros profesionales*. Desde ya aplaudimos tal modalidad, pues pensamos que es sumamente útil en ciertas materias, como ser la jurídica-contable.

Pero, como siempre debemos tener presente el ámbito donde estos supuestos estudios multidisciplinarios puedan desenvolverse, es digno resaltar que existen ordenamientos que los prohíben expresamente. En efecto, basta con ejemplificar con una Provincia Argentina, Tucumán, en la cual se determina que está prohibido a los profesionales del Derecho “*celebrar contratos de sociedad profesional con personas que no sean abogados o procuradores*”³¹⁰. Sin embargo, en la Provincia de Buenos Aires se permite claramente el desempeño de esta modalidad. En tal sentido se establece, con todo acierto, que “*Los*

³⁰⁸ HERNÁNDEZ, Carlos A., *art. cit.*, pág. 129. También resalta el estimado jurista citado que en lo que concierne a las “prácticas abusivas”, el último párrafo del art. 8 bis de la ley 24240 establece que “Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor”. Como se observa, aquí se tipifica otro supuesto de posible aplicación de las normas de consumo a los profesionales liberales, cuando actuando en nombre del proveedor, incurran en comportamientos abusivos. Además, el segundo párrafo regula un supuesto pensado para los abogados al establecer que “En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial”. Por lo tanto, continúa Hernández, si un abogado en representación de un proveedor formula una intimación extrajudicial bajo apariencia de formato judicial, podría incurrir en práctica abusiva y ser alcanzado por el régimen de defensa del consumidor. Y esta cuestión tiene especial interés, puesto que el art. 8 bis, es el único supuesto particular de consagración del daño punitivo, en concordancia con la regulación prevista en el art. 52 bis. Por último, la segunda parte del segundo párrafo del art. 2º, establece que “Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación”. Dicho texto funciona como norma de cierre, puesto que se exige a la autoridad de aplicación que toma conocimiento de una denuncia contra un profesional liberal, a informar al afectado el órgano a cargo del control de la matrícula, a los fines de las sanciones que pudiere corresponder, especialmente de carácter ético. Concluye el autor citado que “En definitiva, la comprensión excepcional de los profesionales liberales como proveedores de un vínculo de consumo -por la publicidad que realicen o las prácticas abusivas de las que se valgan- atiende a exigencias axiológicas ostensibles, que justifican sean tratados con mayor severidad, dado que al incursionar en roles típicos de un empresario en el mercado, desbordan las fronteras de aquello que se espera naturalmente de ellos”, conf. HERNÁNDEZ, Carlos A., “Régimen de la responsabilidad civil de los profesionales liberales...”, *cit.*, págs. 130 y 131. Más adelante resaltaremos nuevamente esta cuestión en nuestra tesis.

³⁰⁹ Creemos en la conveniencia que los Colegios Profesionales impongan a sus matriculados la contratación de un seguro de responsabilidad civil “colectivo”, independientemente del individual que también deberían tener los profesionales del Derecho. También aplaudimos cuando es el legislador mismo quien impone a los profesionales del Derecho y a sus sociedades la contratación de un seguro de responsabilidad civil.

³¹⁰ Ley Provincial N° 5233 de Tucumán. Ahora bien, si nos atenemos al texto de la ley, hay que recalcar que lo prohibido en verdad es la celebración de “contratos de sociedad profesional” con otros profesionales, pero no se impide *otro tipo* de colaboración o agrupamiento. Por cierto, tal disposición nos parece sumamente anticuada.

abogados pueden asociarse entre sí... también se permite la asociación con graduados de otras profesiones, cuidando que el abogado mantenga su independencia de criterio jurídico para aconsejar a sus clientes en temas legales”³¹¹. Como observamos es dispar la regulación, al menos en Argentina, con respecto al tema que nos ocupa.

Es otra la realidad en España³¹², puesto que en tal país se faculta expresamente a los abogados para realizar “*convenios de colaboración con otros profesionales no incompatibles con el ejercicio de la Abogacía, para prestar servicios conjuntos que incluyan los de asesoramiento jurídico*”³¹³, ello según la Circular del año 1999.

En el E.G.A. expresamente se dispone que “*Los abogados podrán asociarse en régimen de colaboración multiprofesional con otros profesionales liberales no incompatibles, sin limitación de número y sin que ello afecte a su plena capacidad para el ejercicio de la profesión ante cualquier jurisdicción o Tribunal, utilizando cualquier forma lícita en derecho, incluidas las sociedades mercantiles*” (conf. art. 29 E.G.A.). Luego se sujeta estatutariamente a ciertas condiciones que a grandes rasgos son idénticas a los que constituyen alguna sociedad profesional o despacho colectivo con una serie de especificaciones propias de la especie que analizaremos someramente.

Esta solución -la que permite el desempeño profesional multidisciplinar- nos parece la apropiada por las múltiples ventajas que pueden brindarse a los clientes al cubrir un área determinada en forma íntegra, o varias áreas distintas brindando una atención general a los clientes.

Es más, debemos reconocer que de “hecho” en algunos países existen tales estudios sin estar contemplados en sus ordenamientos, como sí lo están en otros. Tal situación fáctica ya la vivía España³¹⁴, país que ahora presume de tener un estatus de *iure*³¹⁵ para tales agrupaciones.

Es claro que el objeto social de los estudios interprofesionales dependerá de los profesionales y de las profesiones que se agrupen, amén de las actividades implicadas. De hecho, es factible diferenciar sociedades multiprofesionales “de” abogados, de las sociedades pluridisciplinarias “con” abogados.

En las primeras lo característico es la “prestación de servicios jurídicos”, en tanto que actividad principal a desarrollar por la sociedad. Es decir que se trataría de una “sociedad de abogados”, que estaría compuesta, además de abogados ejercientes, por profesionales que ejercen otra actividad. Esta otra actividad tendría que estar dirigida en función al objeto social propio, *complementando* la prestación de servicios jurídicos. Por ello debe quedar claro que esta sociedad es una “sociedad de abogados”, aún cuando sus socios no sean todos abogados -sino otros profesionales (vg. peritos arquitectos, psicólogos, sociólogos, contadores,

³¹¹ Conf. art. 16 de las nuevas Reglas de Ética para Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Al respecto se ha afirmado que “se considera ventajoso para la clientela la formación de sociedades de profesionales multidisciplinarias, siempre que no exista incompatibilidad entre las profesiones que se asocian... Lo importante parece haber sido recogido por las disposiciones ahora vigentes: en todos los casos es esencial que el abogado mantenga íntegra su independencia de criterio jurídico”, BECCAR VARELA, *art. cit.*, pág. 116 y 117.

³¹² Al respecto se afirmó que la posibilidad de constituir estudios multiprofesionales resulta la novedad más absoluta del nuevo E.G.A. y que su regulación presentó algunas dudas y dio lugar a un serio debate interno. “Por ello se insistió mucho en que tal posibilidad no podía mermar en ningún momento la independencia del abogado, por lo que se limitó expresamente la colaboración con otros profesionales liberales a los ‘no incompatibles’, y se dejó claro que la actividad a desempeñar no podía afectar ‘al correcto ejercicio de la Abogacía por los miembros abogados’ e, incluso, se prescribió de modo expreso que ‘los miembros abogados deberán separarse cuando cualquiera de sus integrantes incumpla las normas sobre prohibiciones, incompatibilidades o deontología propias de la Abogacía’”, GAY MONTALVO, Eugenio, *art. cit.*, pág. 33

³¹³ Conforme al artículo primero de la sección tercera de la Circular 80/1999.

³¹⁴ GAY MONTALVO, Eugenio, *art. cit.*, pág. 34. Por ejemplo, tal autor señaló que en España, antes de la regulación de los despachos multiprofesionales en el nuevo E.G.A., ya existía una fructífera colaboración de abogados de empresas con psicólogos -a la hora de buscar alternativas de empleos a los trabajadores excedentes (*outplacement*)-, o las asociaciones en las que colaboran arquitectos, médicos, economistas o ingenieros, por citar algunos casos satisfactorios.

³¹⁵ Si bien compartimos que la vía elegida resulta hartamente insuficiente. Es decir que estas sociedades pluridisciplinarias debieran de estar reguladas en una ley, y no por medio de un Estatuto parcial, sectorial, referido a la abogacía. Ello pues se afectan directamente el ámbito propio de otras profesiones, de otros Derechos societarios profesionales.

"

médicos, etc.)- puesto que el objeto social es el ejercicio de la abogacía. Por ello sus requisitos, condiciones, etcétera, son idénticos a los anteriormente analizados³¹⁶.

El límite para pertenecer a esta sociedad “de” abogados estaría dado por la incompatibilidad del ejercicio de determinadas profesiones con respecto a la abogacía. Se trata de la misma limitación que debe respetarse en las denominadas sociedades multiprofesionales “con” abogados.

En esta última modalidad (sociedades multiprofesionales “con” abogados), precisamente, la prestación de servicios jurídicos es una actividad *más* a desempeñar por la sociedad. Es decir que su objeto es “multidisciplinar”. A esta modalidad hace referencia, en puridad, el E.G.A. Por ello se dice que dicha “agrupación tenga por objeto la prestación de servicios conjuntos determinados, incluyendo servicios jurídicos específicos que se complementen con los de otras profesiones” (art. 29.1.a).

Además se ha señalado que por aplicación del principio de la especialidad que rige en el Derecho societario, debiera estar claramente determinada cada una de las prestaciones que oferta esta sociedad multiprofesional, siendo lo lógico que dichos servicios profesionales, determinante del objeto social, se complementen entre sí³¹⁷.

Es importante hacer una breve referencia a lo que se entiende por profesiones o profesionales liberales “no incompatibles” con la abogacía. Pues en el art. 22.2.b del E.G.A. se determina que el ejercicio de la abogacía será absolutamente incompatible con “el ejercicio de la profesión de procurador, graduado social, agente de negocios, gestor administrativo y cualquier otra cuya propia normativa reguladora así lo especifique”.

Tales profesionales no pueden formar parte de un estudio pluridisciplinario, si bien tal vez sea posible otro tipo de *colaboración* profesional con abogados.

Debe remarcarse que esta exclusión expresa de ciertos profesionales vía reglamentaria ha sido avalada por el Tribunal Supremo (sentencia del 3 de marzo de 2003, Sala en lo Contencioso-Administrativo).

Por otra parte, existen profesionales que cumplen funciones que pueden colisionar con los intereses de los abogados y que no están incluidas en el E.G.A. como “incompatibles” con el ejercicio de la abogacía, tales como los agentes e intermediarios inmobiliarios y los administradores de fincas. Incluso existe un particular debate en España sobre la problemática que implica el ejercicio común entre abogados y auditores, temas que sobrepasan los límites fijados para esta tesis³¹⁸.

Por supuesto que a tal novedosa actividad hay que fijarles requisitos, para que no afecte su desenvolvimiento la función típica de la abogacía. En tal sentido, y con similar regulación a la establecida con los despachos colectivos, se determina estatutariamente “*Que la actividad a desempeñar no afecte el correcto ejercicio de la abogacía*” (art. 29.1.b).

Además, expresamente se señala en el E.G.A. que *los miembros abogados deberán separarse cuando cualquiera de sus integrantes incumpla las normas sobre prohibiciones, incompatibilidades o deontología propias de la abogacía*, según lo dispone su art. 29.3.

En la Circular del año 1999 se dispone que *los profesionales no abogados respeten el Código de deontología de la abogacía, además del propio, lógico; que ciertas prohibiciones que pesan sobre los abogados se extienden a los colaboradores no abogados*, entre éstas las referidas al secreto profesional, a las incompatibilidades y a la prohibición de actuar en defensa de intereses contrapuestos; también se determina que el convenio se realice

³¹⁶ Ver en este sentido ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *ob. cit.*, págs. 189 y s.s. Tales autores también resaltan la necesidad de fijar ciertas cautelas no previstas en el E.G.A. (puesto que esta modalidad no lo está) para evitar que el dominio de la sociedad quede en manos de profesionales ajenos al ámbito de la abogacía. Para ello es preciso que la mayoría de la sociedad esté reservada siempre a los abogados. Ello es lógico pues el objeto social es el ejercicio de la abogacía, característica que no se presenta en las sociedades multidisciplinarias “con abogados”.

³¹⁷ Conf. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *ob. cit.*, pág. 194.

³¹⁸ Remitidos sobre estas cuestiones, y otras tantas, a ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *ob. cit.*, págs. 198 y s.s.

por escrito y se inscriba en el Registro Especial correspondiente al Colegio de Abogados donde tuviesen su domicilio los abogados³¹⁹. En el E.G.A. se determina que en los Colegios de Abogados se creará un Registro Especial donde se inscribirán estas agrupaciones. Por supuesto que al afectar también a otras profesiones, serán sus respectivos Colegios quienes eventualmente las inscribirán.

Hasta tal punto llega el “resguardo ético”, que se establece en la mentada Circular - a nuestro juicio en forma correcta- que *cualquier incumplimiento a las normas deontológicas de la abogacía será causa de extinción del convenio de colaboración*³²⁰.

También se requiere que los abogados gocen de plena libertad para aceptar o rechazar clientes y total independencia en su actuación profesional. Recordemos que en la legislación argentina citada (correspondiente a la Provincia de Buenos Aires), si bien se permite la asociación del profesional del Derecho con otro profesional distinto, se establece que sea *cuidando que el abogado mantenga su independencia de criterio jurídico para aconsejar a sus clientes en temas legales*³²¹.

En cuanto a la *responsabilidad disciplinaria* se determina que el abogado debe asumir “*personalmente*” la que corresponda a su propia actuación y *a la que pueda incurrir el “profesional no abogado”*³²². Es decir que *existe una extensión de la responsabilidad disciplinaria por las infracciones que cometan personas ajenas a nuestra profesión a las normas éticas de la abogacía*. En verdad si tenemos en cuenta que ya se obligaba a los profesionales no abogados a respetar el Código deontológico de la abogacía, y que era causa de extinción del convenio la violación de los deberes éticos, parece ser bastante consecuente esta ampliación de la responsabilidad disciplinaria.

Por último, pareciera ser que lo anterior era sólo un preámbulo de lo porvenir. Nos referimos a que también en tales disposiciones (la Circular 80/1999 y el nuevo E.G.A.) *se contempla la responsabilidad civil profesional del abogado. En efecto, literalmente se establece que “la responsabilidad civil frente al cliente derivada del ejercicio profesional se extenderá con carácter personal, solidario e ilimitado a todos los profesionales, Abogados o no, que hayan intervenido en el asunto”*³²³.

Es claro que las mismas inquietudes que tuvimos al analizar la eventual responsabilidad civil en la que pueden incurrir los abogados miembros de un despacho colectivo o de una sociedad de abogados, se repiten en este apartado. ¿Acaso la responsabilidad del estudio multidisciplinar es solidaria con la de sus miembros profesionales que intervinieron en el asunto? ¿Acaso concurrente? ¿Tal vez subsidiaria una de otra? En fin, vamos a reiterar sólo algunas cuestiones y remarcar lo específico que tiene la imputación civil cuando de un estudio multiprofesional se trate.

Debemos resaltar que siempre es posible añadir la responsabilidad personal del profesional que ha causado un daño, a la colectiva del ente multidisciplinar del que forma parte. Tal sumatoria de responsabilidades debiera ser cuando menos en forma concurrente. En verdad sería preferible que el estudio pluridisciplinario responda en forma eventual o subsidiaria a la del verdadero protagonista dañoso, es decir que sólo se haga cargo frente a la insolvencia judicialmente decretada del abogado. Por supuesto que es imprescindible ejercer la profesión tutelado con un seguro de responsabilidad civil, el cual podría ser compulsivamente requerido hasta al propio estudio multidisciplinario.

Otra vez insistimos en que cuando el E.G.A. nos expresa que los profesionales intervinientes son “solidariamente” responsables, está refiriéndose a que entre ellos existirá tal vínculo reforzado, reglando las situaciones en las cuales sean dos o más los profesionales involucrados y no se pueda determinar la verdadera etiología dañosa. No se refiere a la responsabilidad del estudio multiprofesional -en tanto que ente jurídico distinto- con la de los autores materiales. Para establecer esta segunda solidaridad, que ya afectaría cuando

³¹⁹ Artículo primero de la citada Circular, incisos b) y h).

³²⁰ Conforme al artículo 1ero, inc. c), Circular 80/1999.

³²¹ Conf. al art. 16 de las nuevas Reglas de Ética para Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.

³²² Artículo 1ero, inc. f) de la mentada Circular; y artículo 29 del E.G.A.

³²³ Ver: artículo 1ero, inc. g) de la Circular 80/1999 y artículo 29 del E.G.A.

menos a las reglas del Derecho societario, entendemos y reiteramos que necesitaríamos una ley (en sentido formal y material), no bastando establecerla en forma estatutaria.

Cumple aclarar que tal responsabilidad es autónoma o independiente de la que pudiera haberse establecido en el convenio de colaboración. Esta última, de naturaleza contractual, sólo tendrá validez en cuanto al vínculo “interno” que podrá surgir luego de sentenciada la responsabilidad profesional, y que tiene como vía a las acciones de regreso.

En otro sentido, es evidente que ahora no se podrá argüir que no se está en presencia de un vínculo de solidaridad entre los causantes del perjuicio, pues el E.G.A. es terminante en tal aspecto, tomando partido por el máximo resguardo al cliente perjudicado. Esto es: estableciendo la solidaridad entre todos los que hayan intervenido en el asunto frente a la víctima. Estimamos, no obstante, que tal regla será aplicable sólo cuando no se pueda comprobar en forma fehaciente a qué profesional concreto pueda atribuírsele la responsabilidad en forma exclusiva. Establecer otra cosa sería trastocar principios básicos del sistema reparador civil, fuera del alcance estatutario.

Además, nos parece correcto que se haya tenido presente la causalidad a los efectos de la reparación que pudiere corresponder. Esto es notorio pues se dice que son responsables los que “hayan intervenido en el asunto”. Ello equivale a invitar a la causalidad, a través de la autoría, a regular estas importantes cuestiones. De tal manera se tiene en consideración el hecho originario, “la acción antijurídica”, que muchas veces se deja de lado en el moderno “Derecho de Daños”.

Por cierto -insistimos- que *esta responsabilidad “personal” referida a los que efectivamente hayan intervenido en el asunto, es independiente de la posible atribución al mismo estudio multidisciplinario del que forman parte los autores materiales, abogados o no*. Ello será posible siempre que se compruebe en la emergencia los requisitos ya analizados con respecto a la atribución hacia el “principal”, los que no difieren de los relativos al grupo o equipo profesional -que bien puede ser una sociedad mercantil o estudio pluridisciplinario-

Lo que parece claro es que con tal extensión de responsabilidad a sujetos ajenos a la abogacía, nos tenemos que preguntar ¿frente a qué tipo de responsabilidad estamos presente? Que sigue siendo “profesional y civil”, no quepan dudas. Pero ya dejó de ser propia del “abogado”. Ergo: ello tendrá su repercusión en todo el sistema responsabilizador. Acaso con esto queremos resaltar que los presupuestos de los distintos sujetos responsables pueden llegar a ser distintos³²⁴.

De todas formas, todos serán, en definitiva, responsables *personales y solidarios* -no hacía falta decir “ilimitados”- frente al cliente perjudicado, resultando su responsabilidad de naturaleza *contractual* -insistimos en esta última característica, más allá de ese intento unificador evidenciado en el nuevo Código Civil y Comercial argentino-.

Por cierto, no es nuestra finalidad inmiscuirnos en esta responsabilidad *sui generis*. Con ello queremos significar que los lineamientos que se estudiarán en esta tesis se referirán únicamente a la responsabilidad profesional del abogado, no de otra persona, por más profesional que sea. De hecho, nos avocaremos en los próximos capítulos a analizar más el Derecho argentino, sobre todo teniendo presente su nuevo Código Civil y Comercial. Lo que sucede es que en los temas que acabamos de pasar revista, el sistema español resulta sumamente atractivo por la regulación que se establece en el nuevo E.G.A. Por ello vamos a hacer una última mención al posible ejercicio “transfronterizo” de la profesión de la abogacía -en grupo-, ejemplificando con lo que sucede en Europa, especialmente en España, antes de analizar la cuestión medular de nuestra tesis y centrar el análisis en el Derecho argentino sin descuidar, empero, el español.

7) La posibilidad del ejercicio transfronterizo de la profesión de abogado en grupo. La cuestión en Europa, especialmente en España.

³²⁴ Piénsese, verbigracia, en la culpa profesional.

"

Así como estudiamos someramente la problemática que surge merced al ejercicio transfronterizo de la profesión de abogado dentro del Espacio Económico Europeo a nivel "individual", cuadra hacer ahora mención al ejercicio en "grupo".

En este aspecto debemos resaltar que es con la ya nombrada Directiva 98/5 (del 16 de febrero de 1998) que se ofrece por primera vez en Europa un marco básico para el ejercicio en grupo de la abogacía. Dicha Directiva facilita el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el cual se haya extendido el título. Su finalidad central es evitar que el ejercicio en grupo en el Estado de origen constituya un obstáculo para ejercer como abogado en el Estado de acogida.

Claro que el mayor problema para hacer efectivo este "derecho de establecimiento" lo constituye el hecho de existir disímiles regulaciones a nivel nacional sobre el tema que nos ocupa. Ya resaltamos tal particularidad más de una vez en esta tesis.

Es importante señalar que la Directiva en cuestión no constituye más que una invitación a aquellos países que no tienen aún regulado el ejercicio en grupo de la profesión de abogado, o que imponen demasiados límites, prohibiciones o incompatibilidades para dicho ejercicio. Pero no obliga a aquellos Estados miembros que no permiten alguna modalidad de ejercicio a que acepten, sin más, que puedan abogados de otros Estados miembros desempeñarse en su territorio. Esto es evidente si nos atenemos al texto de la mentada Directiva, la que en su artículo 11, referido al ejercicio en grupo, expresamente dispone que "*Cuando en el Estado miembro de acogida se permita el ejercicio en grupo de abogados... se aplicarán las normas siguientes*"³²⁵.

Por ejercicio en "grupo" la Directiva entiende a cualquier entidad, con o sin personalidad jurídica, constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro, en la que varios abogados ejercen conjuntamente su actividad profesional, bajo una denominación común (art. 1.2.e).

Existen varias situaciones en las cuales es posible el ejercicio en régimen societario en el Estado de acogida -las que no serán analizadas en esta tesis- de las cuales debemos resaltar que en todas ellas ha de prevalecer el Derecho del Estado de acogida en lo referido a las modalidades del ejercicio colectivo de la abogacía, pero velando al mismo tiempo por el cumplimiento de las normas profesionales del Estado de origen, lo que requiere una estrecha colaboración entre los organismos profesionales de los Estados³²⁶.

Justamente esta preferencia que se otorga al Derecho societario profesional del Estado de acogida por sobre el Derecho profesional del Estado de origen radica en que cada país regula de una forma distinta el ejercicio en grupo y es necesario proteger a los clientes y a los terceros. Cuando este interés general se encuentre presente en las prohibiciones, incompatibilidades o limitaciones establecidas en aquel país donde pretende ejercerse la profesión en grupo, entonces allí se aplicarán las normas de dicho Estado -Estado miembro de acogida- (ver Directiva 98/5, art. 11.1.).

Ahora bien, en *España* es por medio del Real Decreto 936/2001 (del 3 de agosto de 2001) que se acoge a nivel nacional la Directiva comunitaria 98/5. Dicho Real Decreto regula el ejercicio permanente en España de la profesión de abogado con título profesional obtenido en otro Estado miembro de la Unión Europea. En su sección tercera se ocupa de las normas que son de aplicación a los abogados *inscritos* que pretenden ejercer en grupo la profesión.

Claro que para acogerse a sus disposiciones (en particular al art. 15 que es prácticamente idéntico al art. 11 de la Directiva 98/5) resulta imprescindible que el abogado

³²⁵ Por tal motivo es que no tuvo acogida la pretensión del Gran Ducado de Luxemburgo de anular la Directiva 98/5 argumentando, entre otros puntos, que dicha normativa "liberalizaba" el ejercicio en grupo de la profesión de abogados aún en aquellos países que no lo permitían. El TJCE no avaló dicha postura.

³²⁶ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad Profesional...*, ob. cit., pág. 52. En dicha obra constan las posibilidades o situaciones que surgen de la Directiva 98/5 referidas al ejercicio en grupo de la abogacía en el Estado de acogida y que son, a saber: abogado de origen que se "asocia" con un abogado local; abogados de origen que se asocian con un abogado local; abogado de origen que se integra en una sociedad de abogados local; abogados de origen que forman parte de una sociedad de abogados local; la apertura de una sucursal en el Estado de acogida; ejercicio en un grupo multiprofesional; abogados de distintos Estados de origen que quieran optar por alguna de las fórmulas antedichas.

de origen se inscriba en el Registro Especial de “Abogados inscritos”. Y como expresa el propio artículo 15.1 del Real Decreto, a partir de tal inscripción “*podrán ejercer en grupo con sujeción en todo caso a las mismas normas, modalidades, prohibiciones y limitaciones establecidas para los abogados con título español*”. Ello se traduce en el sentido que las normas que regulan el ejercicio individual y en grupo en el E.G.A. serán de aplicación para los abogados inscritos, en particular las reglas ya analizadas que contienen los arts. 27, 28 y 29 del mentado E.G.A.

El artículo 15 citado distingue 7 situaciones que pueden presentarse en el ejercicio en grupo cuando uno de los abogados pertenece a otro Estado miembro de la U.E. Remarcamos que en todas ellas hay que respetar las normas profesionales españolas³²⁷.

También es dable destacar que algunos Colegios de Abogados españoles exigen a la sociedad de abogados que pretenda ejercer en España la concertación de un *seguro de responsabilidad civil*, postura que nos parece aconsejable y digna de imitarse.

Por otro lado, es a partir de la Directiva 98/5 que se contempla la posibilidad de abrir una sucursal o agencia en otro Estado miembro. En este sentido el Real Decreto establece que “*Uno o más ‘abogados inscritos’ que sean miembro de un grupo en el Estado de origen podrán desempeñar sus actividades profesionales en una sucursal o agencia de su grupo en España*”. Pero como ya dijimos que prevalecen las normas españolas por sobre las foráneas, también se dispone en el Real Decreto que “*No obstante, cuando las normas fundamentales por las que se rija dicho grupo en el Estado de origen sean incompatibles con la normativa española sobre ejercicio en grupo de la profesión de abogado, se aplicará esta última*” (conf. al art. 15.1.a). Ello quiere significar que cuando una sociedad profesional de otro país comunitario pretenda abrir una sucursal o agencia en el territorio español, deberá tener muy presente las singularidades del régimen jurídico local.

En este mismo sentido es dable destacar que en el Real Decreto se determina que los abogados inscritos no podrán ejercer en España en calidad de miembros de su grupo, “*cuando el mismo incluya a personas ajenas a la profesión con quienes los abogados ejercientes con título español tengan prohibido ejercer en grupo*”. Además, se considera que el grupo incluye a personas ajenas a la profesión cuando quienes no tengan la condición de abogado “*estén en posesión, total o parcialmente, del capital del grupo, utilicen la denominación con la que ejerce el mismo, o ejerzan el poder de decisión en el grupo de hecho o de derecho*” (art. 15.1.d). Ello quiere decir que se encuentra prohibida la entrada de un profesional de origen que no sea abogado en una sociedad de abogados española. También se prohíbe el ejercicio en España de sociedades de abogados de origen integradas por personas ajenas a la abogacía puesto que, en España, como tuvimos oportunidad de remarcar, no se admite la sociedad de abogados con socios que no ejercen la abogacía (sociedad de abogados *stricto sensu*).

Pero, es posible, y tal como se prevé en el artículo 15 del Real Decreto 936/2001, que: dos o más abogados inscritos que procedan de un mismo grupo se asocien y actúen en grupo en España (debiéndose sujetar a las normas del E.G.A.); que dos o más abogados inscritos que procedan de un mismo Estado de origen se asocien y ejerzan en grupo en España (también, lógicamente, sujetándose al E.G.A.); es factible, además, la constitución de una sociedad de abogados en España por abogados pertenecientes a distintos Estados miembros; la constitución de dicha sociedad entre abogados inscritos pertenecientes a distintos Estados de origen, y uno o más abogados ejercientes con título español; además, es posible la entrada de abogados inscritos como socios en una sociedad de abogados española, resultando indiferente que procedan de distintos países comunitarios³²⁸.

Por otro lado, debe tenerse en consideración que el sistema abierto que existe en España en torno a la admisión de las sociedades multiprofesionales, “*beneficia a los abogados inscritos para formar parte de ellas*”³²⁹. Por cierto, las sociedades pluridisciplinarias reconocidas en algún Estado comunitario pueden abrir sucursales o agencias en España.

³²⁷ Ver un desarrollo de este tema y de las posibles situaciones que pueden plantearse en ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad Profesional de Abogados*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 53 y s.s.

³²⁸ Conf. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *ob. cit.*, págs. 56 y 57.

³²⁹ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *ob. cit.*, pág. 58.

En definitiva, son varias las posibilidades con las que cuentan los abogados europeos para ejercer la profesión en grupo en España. La regla madre imperante será ajustarse a las particularidades propias de las normativas societaria, mercantil y profesional españolas. Ello al menos hasta tanto no se concrete o desarrolle en el ordenamiento español (lo mismo quepa decir de otros Estados miembros) el Reglamento 2157/2001 (del 8 de octubre de 2001 y que entró en vigor tres años más tarde) que se ocupa de la constitución de “sociedades europeas” mediante la fusión de sociedades anónimas, de sociedades europeas *holding* y de sociedades europeas filiales y de sociedades europeas por transformación. En caso de concretarse, y constituyendo esta sociedad europea de abogados una ‘sociedad supranacional’ “las ataduras que pueden existir en cada Derecho profesional nacional desaparecerían por completo, debiendo cumplir exclusivamente en cuanto al ejercicio profesional los mandatos que se dicten por el Derecho profesional europeo”³³⁰.

8) A modo de síntesis.

Finiquitando este capítulo diremos que no existen dudas que es muy rica la realidad en cuanto a la posibilidad que tiene el letrado referida al ejercicio de su actividad propia. Desde el que trabaja solitario, hasta los estudios multidisciplinarios, existe toda una gama intermedia que a grandes rasgos -a un simple nivel nacional-, y en forma creciente comenzando por este abogado “individual”, serían: aquél abogado que se vale de auxiliares y dependientes -“subordinados” que pueden ser, incluso, colegas suyo- en el cumplimiento solutorio profesional; abogados que desempeñan su actividad bajo algún tipo de dependencia, pudiendo ser el “principal” el Estado, una entidad autárquica, una empresa de cualquier incumbencia lícita, un estudio jurídico sin personalidad propia (“sociedad” meramente instrumental o de medios); abogados que prestan sus servicios para (o dentro de) un despacho colectivo (equipo) bajo una fórmula societaria, la que puede ser civil o comercial³³¹; en fin, puede este profesional ejercer su ministerio en un estudio pluridisciplinario.

Por supuesto que es importante resaltar aquí también las nuevas posibilidades que se brindan en el ordenamiento argentino al permitir su novel Código Civil y Comercial algunos tipos de “contratos asociativos” que pueden resultar de interés a los profesionales del Derecho, cuestión de la que pasamos debida nota.

Con este variado panorama es claro que las soluciones a los problemas en cuanto a la eventual responsabilidad en la que pueda incurrir el letrado son complejas.

Además de las diferencias que existen en los diversos regímenes -los que incluso varían de una provincia o comunidad a otra-, y figuras adoptadas, no debemos olvidar jamás estas premisas: que *la actuación del abogado debe ser “siempre” personal, es decir su responsabilidad directa jamás podrá ser cobijada en algún posible ente ideal*. Su preparación específica le obliga a obrar con el máximo de celo, diligencia y pericias exigibles. Incluso es dable requerir este comportamiento a los abogados que integran una gigantesca empresa o un estudio multidisciplinario internacional. A esto se refieren los autores cuando hablan del carácter personal e indelegable -aunque no siempre es así³³²- en el ejercicio de la profesión³³³.

³³⁰ Conf. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *ob. cit.*, pág. 60.

³³¹ Incluso puede ser una “consultoría jurídica” al estilo norteamericano -figura que se expande en el mundo occidental-. No debemos olvidar, en este aspecto, la dificultad que implica que el abogado esté sometido a los órganos de control societario -directorío, asamblea e incluso el control particular por parte de cada socio -. Esto, sumado a los inconvenientes ya apuntados, ha llevado a FARINA, Juan M., *art. cit.*, pág. 1020, refiriéndose al Derecho argentino, a expresar que ningún tipo societario para *el ejercicio profesional* (es decir “sociedad profesional”) es procedente en nuestro Derecho positivo aun si se adoptara la fórmula de la sociedad civil o colectiva, “pues el ejercicio profesional no puede constituir el objeto de ninguna sociedad ya que esto es imposible legal y fácticamente; de modo que tendríamos una sociedad sin objeto social lo cual implica su nulidad... (No obstante) cabe admitir la constitución de una sociedad *entre* abogados no para que sea la persona jurídica quien preste el servicio profesional sino como forma de organizar y regular el servicio profesional que los abogados socios ofrecen y prestan a los clientes como equipo (‘sociedad *de* profesionales’). La cursiva nos pertenece.

³³² Remitimos a lo expresado en el apartado referido a la posible sustitución y delegación en el cumplimiento prestacional.

³³³ Con este sentido se ha señalado que “aun siendo los profesionales liberales socios entre sí, va ha prevalecer siempre la actividad personal de cada uno de ellos. En las relaciones con los clientes el elemento fiduciario normalmente será la nota común, aunque también es factible que las actividades intelectuales sean realizadas en nombre de la sociedad, mas otras serán técnicamente imposibles por ser preceptiva la actuación individual

Tampoco hay que perder de vista, amén de la responsabilidad civil, la posible *responsabilidad penal y disciplinaria que siempre estará en cabeza del letrado sindicado como autor material del eventual incumplimiento, delito o infracción.*

En pocas palabras no puede este nuevo sujeto de Derecho -en el caso de adquirir personalidad jurídica- servir de escudo protector de los abogados negligentes. Al contrario, es factible la extensión -y pasamos revista de ello- de la responsabilidad a ese ente ideal, siempre y cuando se constaten los requisitos para tal fin.

Entonces, los tipos societarios utilizados serán impotentes para limitar o excluir responsabilidades. Hay que ver en ellos una forma lícita para ejercer de manera más adecuada y eficiente esta noble profesión, antes que maquinar estos institutos como mecanismos jurídicos con la finalidad de sustraer responsabilidades individuales o evadir la posible responsabilidad colectiva o societaria.

Remarcamos, además, que sea el abogado socio u ostente algún vínculo de dependencia, su libertad, discrecionalidad técnica y científica, su eventual objeción de conciencia (facultad para no atender determinados asuntos) y otros rasgos característicos de esta profesión, no deben sufrir menoscabo alguno.

En pocas palabras, *la confianza que deposita el cliente sobre el profesional del Derecho debe ser protegida*, pues es la base de esta relación fiduciaria. Contrato *intuitu personae* lo llaman desde antaño. Pues a lo sumo ahora esta confianza puede ser referida al “equipo” de profesionales -despacho colectivo, consultoría jurídica, sociedad civil o comercial, etcétera-, y no al abogado concreto que en definitiva cumple la prestación³³⁴. Pero aún siendo ello así, insistimos, este profesional concreto, preparado con título habilitante que supone una pericia especial³³⁵, debe cumplir su cometido con igual diligencia -pericia- que la exigible al abogado “individual”.

Es decir que sólo cambió la manera de realizar el ejercicio profesional -ello llevado por los nuevos vientos- pero no el ejercicio de esta noble profesión considerada en sí misma. Vista así la situación, en verdad es conveniente y recomendable el agrupamiento de abogados, incluso con el ropaje societario. En definitiva, asistimos -o esperamos asistir- a un tránsito no traumático del *intuitu personae* al *intuitu “empresarial”*, si se nos permite el término.

del profesional liberal (así, p. ej. la actuación de los abogados ante los tribunales siempre será individual)”, conf. ALBIEZ DOHRMANN – JAIMES TRASSIERRA y OLARTE ENCABO, *ob. cit.*, pág. 30.

³³⁴ Es interesante el caso en el cual el cliente solicita el servicio de un profesional determinado en forma personal, ello debido a su fama, preparación o saber especial, siendo que el mismo forma parte de una sociedad. En tal caso la relación se forma entre ese profesional “elegido” y el cliente, independientemente de la relación que este profesional tenga con el grupo del que forma parte. “En tal caso es evidente que esta relación es eminentemente personal y sustituye la relación que el profesional tenga con la agrupación o con la sociedad si ésta tiene personalidad propia”, ALBIEZ DOHRMANN – JAIMES TRASSIERRA y OLARTE ENCABO, *ob. cit.*, pág. 18. Por ello es importante discernir si el cliente elige, se relaciona o contrata a un profesional específico, o al grupo de profesionales que forman parte de un despacho colectivo. De todas formas, pensamos que “también” se podrá atribuir el posible incumplimiento del abogado seleccionado al grupo, en tanto que el nuevo E.G.A. del año 2001 prohíbe a los abogados que forman parte de un despacho colectivo tener algún estudio independiente del colectivo. Pero anotamos que la situación no es tan clara, ni siquiera en la misma España.

³³⁵ Y no pocas veces respaldado con un título de postgrado, especialización, maestría o doctorado.

9) Conclusiones de este capítulo.

- 1) La relación jurídica que se entabla entre el profesional liberal y su cliente está basada en la confianza o fiducia que deposita éste sobre aquél. Por ello este contrato es de los denominados *intuitu personae*. Nota característica, cumple aclarar, que en estos tiempos se está desdibujando. En efecto, la confianza del profano hoy está depositada en el prestigio de la “empresa profesional” -o despacho colectivo- y no tanto en el profesional concreto o específico con el que contrata. Se puede afirmar que el *intuitu personae* está siendo desplazado por el *intuitu empresarial*.
- 2) Tradicionalmente el ejercicio de las profesiones liberales se hacía en forma individual. Ello traía aparejado una responsabilidad personal, la que era directa -por hechos propios- y por supuesto que contractual (aunque en su génesis fue aquiliana). Hoy, sin embargo, tanto el abogado generalista o “clínico”, cuanto aquél que ejerce la profesión en forma individual, son especies en extinción. En efecto, el abogado en su desenvolvimiento profesional suele valerse de auxiliares, dependientes y sustitutos. También el mismo letrado puede ser dependiente de otra persona -vg. una empresa o el Estado-. Además, existe una realidad innegable: los despachos colectivos, las sociedades de profesionales y los estudios multidisciplinarios.
- 3) Por otro lado, es claro que en general los ordenamientos de los distintos países -con la excepción del Código del Consumidor brasileño- excluyen la aplicación de las normas tuitivas de defensa del consumidor cuando de profesionales liberales se trate. Ello en razón que tales profesionales pueden ser denunciados -amén de la vía judicial- ante los Colegios Profesionales que nuclean a los mismos. En tal plano, los Tribunales de Ética aplicarán al profesional la sanción pertinente, si correspondiere. Todo ello con la salvedad que la “publicidad” que hagan tales profesionales, así como la incorporación de “cláusulas abusivas” a sus relaciones, habilitará para el cliente perjudicado la aplicación de las normas de protección al consumidor.

Capítulo III

La imputabilidad profesional. Segunda parte.

1) Factores de atribución. Criterios subjetivos, objetivos y mixtos.

Habíamos afirmado que en nuestra concepción la imputabilidad es un complejo relacional que vincula a los términos: Acción–Daño–Responsable. Pues ya tratamos acerca de la relación existente entre la Acción con el Responsable, bajo el título de “atribuibilidad”. Cuadra ahora indagar sobre el nexo que se forma cuando conectamos al Daño con el Responsable. Ello se hará bajo el rótulo denominado “factores de atribución”.

Es unánimemente aceptado que estos criterios o factores de atribución del daño hacia el responsable pueden tener matices subjetivos u objetivos³³⁶. En efecto, la responsabilidad civil se fundamentó “clásicamente” en la culpa, ello sin desconocer su *remoto* origen objetivo³³⁷.

Es cierto que el concepto de culpa, por otro lado, es sumamente huidizo -noción fugitiva que resulta difícil aprisionar diría CAPITANT; proteo de múltiples formas, al decir de PLANIOL-, no obstante, nos encontramos obligados de dejar sentado qué entendemos por culpa cuando hablamos sobre el particular. No vamos a caer en la tentación de construir nuestro concepto, porque además no constituye el tema de tesis. Ni el mismísimo DOMAT³³⁸

³³⁶ Respecto de este tema, como cuantos otros atinentes a la responsabilidad civil, recomendamos el brillante Tratado de los hermanos Mazeaud -actualizador y coautor, AndréTunc-. Ver: MAZEAUD, Henri y Léon – TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. 1ero, vol. 1, traducción de la 5ª edición por Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, n° 66 y s.s., págs. 86 y s.s.; y t. 1ero, vol. 2, n° 336 y s.s., págs. 1 y s.s. Allí se describe -desde los mismísimos prólogos y prefacio-, con singular profundidad, lo acontecido en Francia cuando “irrumpió” la teoría del Riesgo que pretendió destronar a la culpa como típico y único factor atributivo de responsabilidad. Entre los principales defensores de estas nuevas ideas (en puridad no tan nuevas...) cabe citar en un primer plano a Josserand y Saleilles -etiquetados por Ripert como los “sindicos en la quiebra de la culpa”-. En el año 1897 dichos juristas publicaron trabajos haciendo interpretaciones con marcado corte objetivo de los artículos 1382 y 1384, 1er párrafo, del Código napoleónico. De hecho, hasta tal punto se sintió la necesidad de reformar ciertas esferas de la responsabilidad civil, que el legislador francés intervino dando vida el 9 de abril de 1898 a una ley que favorecía a las víctimas de accidentes de trabajo, creando así algunas reglas de excepción (en el ámbito donde más se sentía la urgencia de una reforma). Pronto se sumaron varios juristas a este nuevo punto de vista, entre ellos Labbé, Esmein, Teisseire y Ripert (más adelante, Demogue y Savatier, entre otros que en puridad defienden teorías “mixtas”). Pero esta doctrina también se encontró con varios adversarios. Entre ellos los más notables fueron Planiol y Capitant. Planiol llegó a decir que las consecuencias del sistema de responsabilidad objetiva eran “monstruosas” y que nunca se demostrará la utilidad, ni la equidad, de la responsabilidad objetiva. Además, algunos de los autores que habían defendido la responsabilidad objetiva retornaron a los principios clásicos, entre ellos especialmente Ripert. Por último, es importante remarcar que los propios hermanos Mazeaud tuvieron una muy difícil elección, puesto que sus maestros estaban en bandos opuestos, directamente enfrentados. Así, entre la doctrina objetiva que pregonaba Louis Josserand y la posición subjetiva de Henri Capitant, optaron por seguir a este último y, por ende, toda su obra se encuentra teñida de un claro color culpabilístico. Por otro lado, esta polémica, amén de haber contagiado al Derecho Público (Hauriou fue el Planiol del Derecho público, siendo Duguit el Josserand, si se nos permite la asimilación), se reproduce en todas latitudes (más adelante hablaremos de Argentina) y aún sigue viva, incluso bajo la vigencia del reformado Código francés.

³³⁷ En efecto, es interesante resaltar que la responsabilidad civil en su origen tenía naturaleza marcadamente objetiva, pues se prescindía de cualquier subjetividad del agente dañador. Así, en los primitivos pueblos orientales, como Egipto, Israel, Babilonia, China, Persia e India, la responsabilidad era objetiva y resultaba de un sistema imputativo elemental, fundado en una causalidad material. Es decir que la responsabilidad nacía de la mera circunstancia de haberse ocasionado un daño, sin indagar sobre los factores que podrían haberlo generado, lo que acarrea la imposición de penas, ya al autor del hecho, o al jefe del grupo, e incluso imponerla colectivamente a toda la tribu o familia a la cual pertenecía el autor material. Igual sistema imperó en el antiguo Derecho romano. Ver, entre tantos autores, TRIGO PREPRESAS, Félix A., “La noción clásica de culpa. Domat. Código Civil francés. Código Civil argentino”, *Revista de Derecho de Daños, 2009-1, La culpa -I*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, págs. 35 y 36 y doctrina allí citada. El mismo Planiol ya decía que “Esta nueva doctrina -la del riesgo-, lejos de ser un progreso, constituye un retroceso que nos conduce a los tiempos bárbaros, anteriores a la ley Aquilia, en la que se atenían a la materialidad de los hechos. De algunas reglas formuladas por esa ley, la idea de culpa ha sido deducida lentamente por los jurisconsultos, con la ayuda de un extenso esfuerzo de análisis, que habría que recomendar si prevaleciera la idea simplista del riesgo”, citado por MAZEAUD, Henri y Léon – TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. 1ero, vol. 1, *ob. cit.*, n° 2, pág. 1.

³³⁸ Por supuesto que DOMAT, -al igual que POTHIER, como toda la doctrina francesa “clásica”- jamás se cuestionó la necesidad de constatar una culpa para hacer surgir la responsabilidad civil (término que aún

brindó un concepto de culpa, menos lo haremos nosotros. Sí citaremos la definición que nos proporcionan los hermanos MAZEAUD. Así, culpa para ellos “es un error de conducta tal, que no lo habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias ‘externas’ que el autor del daño”³³⁹.

Sin embargo nosotros preferimos hablar de “defecto” de conducta antes que de “error”³⁴⁰, por ello entendemos por culpa, siguiendo a BUERES, a “un defecto de conducta

DOMAT no conocía) en cabeza del sindicado como responsable. Así, DOMAT -fuente directa de los artículos 1382 y s.s. del Código napoleónico- decía: “Si se produce algún daño por una consecuencia imprevista de un hecho inocente, *sin que pueda imputársele culpa al autor de ese hecho*, no estará obligado por tal consecuencia”. Ver su clásica obra *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, ed. de Héricourt, 1777, lib. II, tít. VIII, sec. IV, & III. También señaló que con una culpa “leve” alcanza para comprometer la responsabilidad. Así: “Todas las pérdidas y todos los daños que pueden ocurrir por el hecho de alguna persona, sea *imprudencia, ligereza, ignorancia* de lo que debe hacerse *u otras culpas semejantes, por leves que puedan ser*, deben ser reparadas por aquel que ha dado lugar a ellas *por imprudencia u otra culpa*. Porque ha ocasionado menoscabo, aun cuando no hubiera tenido intención de dañar”, conf. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, ed. de Héricourt, 1777, lib. II, tít. VIII, sec. IV, & I. Además, con más precisión y sin conulgar con la teoría de la prestación o graduación de culpas (y en este punto lo redactores del Código napoleónico siguieron a DOMAT que propuso la división bipartita: delito -*dolus*-, y cuasidelito -*culpa*- y no a POTHIER que era partidario de la clasificación tripartita de culpas), expresó que “Cabe distinguir tres suertes de culpas de las que puede acaecer algún daño: las que se dirigen a un crimen o delito (responsabilidad penal frente al Estado y civil ante la víctima); las de las personas que faltan a los compromisos de las convenciones, como un vendedor que no entrega la cosa vendida, un inquilino que no realiza las reparaciones a que está obligado (culpa contractual); y aquellas que no tienen relación con las convenciones y que no se dirigen a un crimen ni a un delito, como si por ligereza se arroja algo por una ventana y se estropea un traje; si los animales mal guardados ocasionan un daño; si se causa un incendio por imprudencia; si un edificio amenaza ruina, por no ser reparado, se derrumba sobre otro y causa daños en él (culpa por negligencia o imprudencia)”, conf. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, ed. de Héricourt, 1777, lib. II, tít. VIII, sec. IV, introd. La contundencia de estos pasajes, como cuantos otros que se encuentran en la magnífica obra de DOMAT, han llevado a los hermanos MAZEAUD (a quienes remitimos y cuya traducción tomamos) a decir, con toda razón, que “todos los autores del antiguo derecho admiten además, sin sospechar siquiera la posibilidad de una discusión, *que no existe responsabilidad civil sin culpa*”, conf. MAZEAUD, Henri y Léon – TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. 1ero, vol. 1, *ob. cit.*, n° 37, pág. 54. La cursiva y lo marcado entre paréntesis, tanto de la obra de DOMAT, cuanto del Tratado de los MAZEAUD-TUNC, nos pertenece. Respecto de la reforma propiciada en el año 2016 al Código napoleónico, debemos dejar constancia que el mismo al tratar sobre la responsabilidad extracontractual lo primero que hace es reiterar ese principio “culpabilístico” que en parte es atenuado por muchas otras disposiciones. Así, al tratar sobre la “Responsabilidad extracontractual en general”, en el capítulo primero, el art. 1240 determina que “*Tout fait quelconque de l’homme, qui causé a autri un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé a le réparer*”. No obstante, a renglón seguido, el art. 1241 establece que “*Chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*”. Además, la reforma incorpora como capítulo segundo todo lo atinente a la responsabilidad derivada de la fabricación de productos defectuosos (arts. 1245 a 1245-17). En pocas palabras entendemos que la culpa convive con criterios objetivos de atribución, tal como ocurre, según nuestra modesta opinión, en todos los sistemas jurídicos.

³³⁹ MAZEAUD, Henri y Léon – TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. 1ero, vol. 2, *ob. cit.*, n° 439, pág. 85. Si bien esta es la definición de culpa cuasidelictual, aclaran ellos mismos que abarca tanto al caso en que el autor del daño estuviera sujeto a una obligación general de prudencia y diligencia, o una obligación determinada. Además, abraza tanto al cuasidelito propiamente dicho, cuanto a la culpa “delictual”, porque una persona cuidadosa no obra con la intención de perjudicar. Ergo: es una definición “general”, omnicompreensiva, más allá de las diferencias técnicas -de matices- que pueda presentar en los hechos -vg. culpa contractual/extracontractual; delictual/cuasidelictual, etc.

³⁴⁰ El “error”, al menos en el Derecho argentino, hace alusión a la posibilidad de nulificar un acto. El mismo se divide en error de hecho y derecho, excusable e inexcusable. Está al lado de la “ignorancia” y cerca del “dolo”, pero como “vicio de la voluntad” (no como elemento constitutivo de un delito; o de un incumplimiento contractual malicioso). Por ello preferimos el término “defecto” de conducta. Además, la definición de los hermanos MAZEAUD tampoco se nos acomoda del todo, porque ellos parten (y necesariamente deben partir) de un modelo de comparación abstracto, objetivo, tal el *bonus pater familias* consagrado en forma expresa en el Código napoleónico, en su versión original, en el artículo 1137. Tanto en Argentina (art. 512 Cód. Civ. de Vélez y 1724 del nuevo Código Civil y Comercial) cuanto en España (art. 1104, primera parte, Cód. Civ.) partimos de un criterio concreto o subjetivo. Es cierto que se llegan a encontrar dichas posturas, pero algunas diferencias, empero, existen, como se verá a continuación. Ahora bien, la reforma del año 2016 al Código francés, ya no acude al principio o fórmula del “*bon pere de famille*”, sino al de una “*personne raisonnable*”, cambio que nos parece saludable pues alguien puede ser un excelente padre de familia y, sin embargo, irrazonable o directamente perjudicial, frente al resto de la sociedad (vg. el comportamiento de cualquier “mafia”). Recurre a la fórmula de la “persona razonable”, por ejemplo, los artículos 1188 y 1197. El primero, fundamental, por cierto, versa sobre la interpretación de los contratos. El segundo sobre la obligación del deudor al conservar la cosa que debe después entregar. Citaremos textualmente el referido a *l’interprétation du contrat*, art. 1188: “*Le contrat s’interprète d’après la commune intention de parties plutôt qu’en s’arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s’interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation*”. Dicha norma la traduciremos de esta forma «El contrato se interpreta de acuerdo con la intención común de las partes en lugar de detenerse en el

que repercute en forma negativa en las valoraciones que realiza la norma y, por lo mismo, es una razón de justicia para adjudicar el daño al autor³⁴¹. Por supuesto que entre los factores subjetivos debemos mencionar al dolo³⁴², que técnicamente es uno de los rostros de la culpa (*lato sensu*).

Tampoco merece resistencia la aseveración relativa que a mediados del siglo pasado -sino antes³⁴³-, además de la culpa como criterio de imputación de responsabilidad, constatamos el nacimiento de los factores objetivos “modernos” de atribución. Hoy son tantos éstos que en anteriores trabajos sólo pudimos definirlos en forma negativa, ello merced a su heterogeneidad. Así, habíamos afirmado que “el factor de atribución será de naturaleza objetivo siempre que, ya sea por ley o por estipulación de las partes, se prescindiera de la subjetividad del sindicado como responsable o del agente causal”³⁴⁴. En este sentido y casi siguiendo ese temperamento, señala el novel Código Civil y Comercial argentino, en su artículo 1722, que “El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario”.

Entre los típicos criterios objetivos de imputación podemos mencionar a los siguientes: el riesgo creado, el riesgo provecho, la actividad riesgosa o peligrosa (o anormalmente peligrosa³⁴⁵), el vicio de la cosa, la obligación tácita de seguridad, la solidaridad, la equidad, el factor garantía, el abuso de derecho, la titularidad dominial de automotores y, para algunos, la buena fe (*bonne foi*) que debe reinar en los contratos -y en la vida en general-, etcétera³⁴⁶.

También debemos sincerarnos y admitir que muchas veces las presunciones legales -o judiciales- de culpa, convierten lisa y llanamente a ésta en un criterio objetivo. Indiscutible

sentido literal de sus términos. Cuando no se puede detectar esta intención, el contrato se interpreta en el sentido que le daría una persona razonable en la misma situación ».

³⁴¹ Conf. BUERES, Alberto J., “La culpa profesional”, en *Las responsabilidades profesionales, libro homenaje al Dr. Luis O. Andorno*, Augusto Mario Morello, María A. Agolia, Juan C. Boragina, Jorge A. Meza (Coordinadores), Platense S.R.L., La Plata, 1992, pág. 82. Cabe acotar que el distinguido jurista argentino sigue en su definición las enseñanzas de Pedro de Bellapertica, Bártolo de Saxoferrato y Bartolomé de Saliceto.

³⁴² Actúa dolosamente aquel que *quiere* causar el daño, lo *conoce* y se representa el mismo. Hay una suerte de mixtura de elementos cognitivo (conocer) y volitivo (querer). Más allá de disquisiciones técnicas y conocidas diferencias conceptuales -dolo obligacional; delictual; el dolo como vicio de un acto jurídico; subclasificaciones, etc.-, es claro que cuando así se proceda, se debe responder del daño causado, sin lugar a dudas. De hecho, ya en el Digesto de Justiniano se determinaba que *malitiis non est indulgentum* (Dig. 6, 1, fr. 38); siendo tal la regla tradicional que determinaba que el deudor doloso siempre debe responder frente al acreedor. Lo mismo quepa decir respecto del dolo delictual. En cuanto al dolo como vicio del acto jurídico, que causa la nulidad del mismo, no es estudiado -normalmente- en cuestiones atinentes a la responsabilidad civil, y por ello no haremos referencia alguna aquí. Ver, entre tantos autores, RIPERT, Georges – BOUNLAGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil (según el Tratado de Planiol)*, tomo IV, *Las Obligaciones (1ª parte)*, Vol. I, traducción de Delia García Daireaux, supervisión de Jorge Joaquín Llambías, La Ley, Buenos Aires, 1964, n° 795, pág. 472.

³⁴³ Recordemos que la ley francesa que acudió a favorecer a las víctimas de accidentes de trabajo se remonta al año 1898, tal como pusimos de resalto en una reciente nota.

³⁴⁴ En nuestra *Visión crítica...*, *cit.*, pág. 43. Ver también de nuestra autoría “Algunas consideraciones sobre la llamada ‘responsabilidad’ sin culpa”, en *Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927-1937-1961-1969)*, Tomo III, *Derecho de Daños*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba -Argentina-, 2009, págs. 1511 y s.s.; y *Curso de Responsabilidad civil: Teoría general, presupuestos, conferencias, jurisprudencia y nuevo Código Civil y Comercial*, UNSTA, 2014, págs. 49 y s.s.

³⁴⁵ En la Propuesta de reformas al Código civil español se citan como ejemplos típicos de responsabilidad objetiva, en el art. 5191-10 a dicho criterio estableciendo que “La persona que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa es responsable objetivamente de los daños que causa cuando estos constituyen el resultado del riesgo típico de tal actividad”. En el siguiente artículo brinda un concepto (que no es lo mismo a una definición, dicho sea de paso) de la actividad anormalmente peligrosa, siendo tal la actividad que por el modo en que se realiza supone un peligro para los bienes jurídicos ajenos considerablemente superior a los estándares medios, atendiendo entre otras circunstancias, a la gravedad del daño que puede producir, o su probabilidad estadística o a la naturaleza propia de dicha actividad. Finalmente, en el art. 5191-12 también menciona a que el propietario o poseedor inmediato, es responsable objetivamente por objetos caídos o arrojados. Ver: *Propuesta de Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Tecnos, Madrid, 2018.

³⁴⁶ A pesar del extraordinario auge de los criterios objetivos de imputación de daños, creemos que la culpa jamás será desterrada del todo -como factor imputativo o como causal eximente en su carácter de “ausencia o falta de culpa”- de la teoría general de la responsabilidad civil -o Derecho de Daños-. Es que debe admitirse que el principio *pro damnato* no puede, ni debe, crear nuevas y reales víctimas. Por otro lado, si acaso nuestra “previsión” fallare y a la culpa -en todas sus manifestaciones- se le dictase sentencia de muerte, pues pensamos que del último ámbito donde será aniquilada será precisamente el relativo a la responsabilidad civil de los abogados, ello por obvios motivos proteccionistas.

si tal presunción es *iure et de iure* o irrefragable. Menos clara la situación si ésta es *iuris tantum* y admite como causal de liberación la prueba de la “no culpa”, caso que se mantiene aún en el campo subjetivo. Siendo también “objetivada” totalmente aquella culpa presumida que sólo convalida como causal “exculpatoria” la prueba del *casus*³⁴⁷.

Por otro lado, entendemos que existen factores atributivos de responsabilidad “mixtos”, cuando en un caso particular la ley exige culpa en el agente causal, mientras que para imputar a “otro” responsable se vale de algún criterio objetivo, verbigracia: riesgo creado o provecho, factor garantía, titularidad dominial, etcétera. Creemos que esta forma de atribuir responsabilidades es la que utiliza el legislador muchas veces en la denominada responsabilidad refleja o indirecta.

También es válido hablar de “sistemas mixtos” de atribución de responsabilidades cuando normativamente conviven en un ordenamiento jurídico la culpa con los factores objetivos, lo que sucede en todos los países que conocemos. En este sentido señala el nuevo Código Civil y Comercial argentino que “La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores subjetivos u objetivos”, según lo determina el art. 1721. También esa misma norma señala que en ausencia de normativa (sea general o legal; sea particular o contractual), “el factor de atribución es la culpa”; solución que nos parece acertada, como será puesto en evidencia en las páginas que siguen³⁴⁸.

Finiquitando con estas cuestiones previas y tratadas en forma elemental, remarcamos que en ocasiones -y no pocas- se puede sumar un factor objetivo de atribución de responsabilidad -verbigracia, el riesgo- a una actitud negligente -culpa- del autor material³⁴⁹.

³⁴⁷ Con criterio similar ha escrito nuestro estimado amigo Vázquez Ferreyra (a pesar que comulga con la clasificación binaria de las obligaciones que las divide en medios y resultado) que en ocasiones la presunción de culpa (se refiere a la *iuris et de iure*) no es más que una oscura ficción cuya única finalidad es un apego al viejo dogma de la culpa. Luego afirma que en las obligaciones de resultado estamos ante un deber objetivo, dado que sólo interesa la conducta eficaz del deudor. Para rematar preguntándose, con todo acierto “¿Qué clase de responsabilidad subjetiva es ésta en la cual no interesa si hubo o no culpa del deudor? Si al incumplidor no se le permite probar su no culpa en las obligaciones de resultado es porque ésta queda fuera de cuestión. Y si la culpa queda fuera de cuestión, si no interesa, es porque la responsabilidad es de tipo objetivo con fundamento ya sea en la tutela especial del crédito, en el riesgo, la garantía, o el mismo incumplimiento”, conf. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto Antonio, “Los deberes profesionales y la responsabilidad por incumplimiento”, en *Revista de Derecho de Daños, 2016-3, Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, págs. 58 y 59. Allí el estimado profesor hace alusión a las reglas que determina el art. 774 del nuevo Código argentino al cual haremos referencias más adelante, incluso a veces disintiendo con lo que él afirma. Pero en esta cuestión le asiste plena razón.

³⁴⁸ En contra de esta tesitura de considerar a la culpa como criterio de imputación residual (algunos dirán como “norma de clausura” o de “cierre del sistema”) se encuentra, lógicamente, Mosset Iturraspe, quien incluso critica el nuevo Código cuya Comisión reformadora estuvo presidida por su estimado discípulo Ricardo Lorenzetti. Dice el maestro santafesino que el nuevo Código Civil y Comercial ha seguido las enseñanzas, en este tema, de Atilio Aníbal Alterini, quien destacaba a la culpa como factor atributivo principal o relevante, de allí la mentada norma citada en el texto (art. 1721). Se queja también que a los factores objetivos se los haya definido en forma negativa (es que no cuadra otra alternativa, según nuestro modesto parecer) cuando el art. 1722 se limita a decir que el factor de atribución es objetivo cuando la “culpa” del agente es irrelevante; lo que equivale a decir que es objetivo cuando no es subjetivo. Además, señala que para él en toda relación obligacional se plantea un “resultado determinado”, razón por la cual, según su parecer y lo dispuesto en el art. 1723, la responsabilidad, en estos casos, es siempre objetiva. De ser ello así, se pregunta, ¿por qué el riesgo es dejado de lado como factor objetivo? En fin, termina el estimado jurista diciendo que no obstante las buenas intenciones que pronunció Lorenzetti al presentar el Proyecto (luego devenido en Código), respecto de que la práctica judicial revela que la mayoría de los casos tienen relación con factores objetivos, y por esa razón se los regula en primer lugar como un claro signo del cambio de los tiempos en relación a la codificación decimonónica, pues señala Mosset que “estas oportunas y sensatas expresiones no se compadecen con el lugar otorgado a la culpa, dentro del articulado”, conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “¿Responsabilidad civil o Derecho de daños?”, en *Revista de Derecho de Daños, 2015-2. Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, pág. 15. Es claro que por todo lo que expresamos en el texto y en nuestras obras anteriores no compartimos para nada lo que enseña el querido maestro santafesino en lo concerniente a este crucial tema. No obstante, en materia de responsabilidad profesional del abogado, en alguna oportunidad hemos tenido el privilegio de compartir el estrado con el maestro, y nuestras posiciones no eran tan distintas, sino mas bien complementarias. Pero en lo relacionado con la culpa (y con la instauración de ese nuevo “Derecho de Daños”, divorciado de la realidad y prescindiendo completamente de la subjetividad -tanto del sindicado como responsable, cuanto de la víctima-), la diferencia sí es significativa.

³⁴⁹ Ello acontece con claridad en muchos casos de responsabilidad civil derivados de accidentes de tránsito, ya que la conducción de automóviles implica una generación de riesgos -por la potencialidad activa para causar daños que poseen los vehículos-, y a esta “alta peligrosidad de la cosa” en reiteradas ocasiones se le adiciona un actuar netamente culposos o dolosos, verbigracia: conducir en estado de ebriedad, con exceso de velocidad, en forma temeraria, imprudente -vg. usando el celular-, etcétera. Ver: PADILLA, Rodrigo, *Curso de*

Por supuesto que para todos estos temas centrales de la responsabilidad civil existen dos enfoques extremos bien diferenciados, que justamente bregan por imponer un carácter, u otro, respecto del fundamento de la atribución del daño hacia el responsable, prescindiendo o no de la subjetividad del agente dañador, lo que originó en las últimas décadas (en puridad desde finales del siglo XIX se viene discutiendo sobre el particular) un enfrentamiento entre las concepciones subjetivistas³⁵⁰ versus las objetivistas³⁵¹. Pero todas estas cuestiones genéricas no tienen directa incidencia en el tema que ahora abordamos, por ello remitimos otra vez a los estudiosos en la materia que, dicho sea de paso, no son pocos en este campo.

2) La responsabilidad profesional y sus falsas dicotomías. La culpa del profesional.

Manifestamos abiertamente que estamos tratando el tema central de nuestra tesis. En verdad tocamos la médula espinal del “sistema” de responsabilidad profesional. Y no es menor nuestro propósito, pues anhelamos desterrar, de una vez por todas, algunas falsas dicotomías jurídicas que se generaron alrededor de esta apasionante problemática. Veamos, entonces, las cuestiones más relevantes concernientes a la responsabilidad civil del abogado, en particular todo lo referido a la culpa del profesional. Es que en este campo, reiteramos, existen muchas *falsas dicotomías jurídicas*. Nuestra tarea consistirá en desenmascarar cada una de ellas³⁵².

Responsabilidad civil: Teoría general, presupuestos, conferencias, jurisprudencia y nuevo Código Civil y Comercial, UNSTA, 2014, págs. 375 y s.s.

³⁵⁰ Puede verse, entre tantos trabajos -amén del Tratado de los Mazeaud citado- uno de nuestra autoría donde resumimos nuestro pensamiento tomando partido, si se quiere, por una teoría “culpabilística moderada”, por así autocalificarla. En efecto, véase “Algunas consideraciones sobre la llamada ‘responsabilidad’ sin culpa”, *cit.*, págs. 1511 y s.s. En dicho estudio puede apreciarse el parecer de grandes juristas argentinos, tales como Fernando J. López de Zavalía, Luis Moisset de Espanés, Jorge J. Llambías, Atilio A. Alterini, Alfredo Orgaz, Roberto H. Brebbia, Carlos S. Nino, René Padilla, Marcelo U. Salerno, entre otros tantos que comulgan o comulgaban con la concepción clásica que funda la responsabilidad civil en la culpa. Casi siempre lo hicieron desde una posición legal -con excepción de Llambías-, cabe aclarar. Es imposible tratar este tema aquí, siquiera en forma somera, por ello remitimos a la mentada monografía.

³⁵¹ Un digno representante de la tendencia objetiva en el Derecho argentino es, sin dudas, nuestro estimado amigo y reconocido maestro Jorge MOSSET ITURRASPE. Para dicho autor la culpa no debe ser entendida como falta moral, pecado o reproche de conciencia. Su pensamiento ‘humanizado’ prioriza la protección a las víctimas inocentes de daños injustos, poniendo el acento en el elemento “autoría”. Es decir, será responsable quien cause un daño con su acción u omisión, a partir de un obrar ‘voluntario’ -con los requisitos de discernimiento, intención y libertad, los que se presumen- sin indagar sobre su “culpabilidad psicológica”, puesto que, según tal autor, resulta sobreabundante al haber ya exigido “voluntariedad” en el obrar. Ergo: se responde de una “culpa objetiva”, siendo tal la regla y quedando, en consecuencia, demostrar la eximente en cabeza del sindicado como responsable. Con sus palabras, para esta “concepción objetivada la culpa se agota en la simple comparación entre la conducta obrada y la que habría desplegado una persona diligente puesta en las mismas circunstancias. De donde, la sola constatación de un comportamiento incorrecto, distinto del que resulta normativamente exigible en las circunstancias, es suficiente a efectos de comprometer la responsabilidad del agente”. Insiste el autor citado en que la voluntariedad del ilícito configura o bien la “culpa objetiva”, o la creación de un riesgo con base a un comportamiento que multiplica las posibilidades de dañosidad. También remarca que sin bien en el ámbito penal se requiere que la autoría vaya unida a la culpabilidad, en el civil no sucede lo mismo, contentándose con que se trate de una autoría voluntaria que coloque al victimario como causante del perjuicio y a la víctima como damnificado inocente. En su sentir la culpa psicológica, la noción subjetiva, se ha ido dejando de lado y “se ha avanzado hacia otra noción cargada de objetividad, que se desprende de una acción u omisión propia del agente, en la cual puede faltar la ‘conciencia de la negligencia’ o de la impericia, pero que tiene aptitud para causar un perjuicio. Para un sector estamos entonces frente una ‘culpabilidad sin culpa’, o bien de un quehacer riesgoso, como preferimos denominarlo. El ‘reproche’ se origina en el resultado y no tanto en el precedente voluntario o antecedente del obrar o abstenerse”. Ver “La noción de culpa (estado actual de la cuestión)”, en *Revista de Derecho de Daños, 2009-I, La culpa -I*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, págs. 7 y s.s. Este artículo resume su pensamiento expresado durante décadas y plasmado en numerosos estudios entre los cuales recomendamos su clásica obra de *Responsabilidad por daños*, 10 tomos, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009 y que también cuenta con reediciones en base al nuevo Código Civil y Comercial. Con lo que expresaremos más adelante quedará a la vista que gran parte de lo afirmado por el notable jurista no compartimos, sobre todo lo referido a que los profesionales están sujetos a criterios objetivos de atribución de daños, tal como concluye en el artículo citado el reconocido jurista argentino. Además, puede verse su enfoque “renovado”, con alusión directa al nuevo Código Civil y Comercial argentino (al cual en algunos aspectos lo critica sobremanera, tal como lo hace con respecto al art. 1721 *in fine*, el cual determina que “En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa” -aquí se sigue el Proyecto del año 1998, art. 1602-), en “¿Responsabilidad civil o Derecho de Daños?”, *art. cit.*, págs. 9 y s.s.

³⁵² Abordamos estas cuestiones en un artículo de nuestra autoría titulado “Sobre la responsabilidad civil del abogado”, publicado en *La Ley* del 28 de setiembre de 2009, págs. 1 y s.s.

Pues los temas e interrogantes a desarrollar en este momento serán los siguientes: ¿existe, acaso, una responsabilidad civil profesional con criterios propios, distinta de la responsabilidad civil general? La culpa profesional, ¿es diversa de la culpa común? ¿Es válido hablar de una culpa grave diferente de la leve? ¿Responde el profesional del Derecho por culpa levísima? ¿Es acertado distinguir los errores científicos de los errores materiales? La responsabilidad civil del abogado frente a su cliente, ¿ha de juzgarse con las reglas que gobiernan la responsabilidad contractual o extracontractual? La famosa clasificación binaria de las obligaciones en de medios y resultado, ¿es una teoría que hoy deba aplicarse? ¿Es válido afirmar que el profesional del Derecho celebra con su cliente algunas ocasiones un contrato de “locación” de servicios y otras de locación de obra intelectual? La diferenciación en el quehacer cotidiano del abogado ejerciente acerca de las cuestiones de hecho y derecho, ¿es real? ¿Es conveniente la distinción a los efectos de determinar la responsabilidad profesional del abogado, según éste actúe como apoderado o como patrocinante? La apreciación de la culpa profesional, ¿debe realizarse conforme a un criterio abstracto o concreto? En cuanto a la cuestión probatoria respecto de la culpabilidad, ¿recae sobre el damnificado la prueba de la culpa del profesional, o sobre éste la de haber obrado con diligencia -prueba de la no culpa-? ¿Cómo se regulan estas cuestiones en el nuevo Código Civil y Comercial argentino?

Pasamos inmediatamente a contestar tales interrogantes, vitales para la correcta interpretación de la responsabilidad civil del abogado.

2.1. ¿Existe, acaso, una responsabilidad civil profesional con criterios propios, distinta de la responsabilidad civil general?

Lo concerniente a si existe una responsabilidad civil profesional distinta o con criterios diferentes de los relativos pertenecientes a la teoría general del deber de responder, debemos contestar en forma negativa³⁵³. En efecto, unánime resulta hoy admitir que “la responsabilidad civil de los profesionales no constituye más que un capítulo dentro del amplio espectro de la responsabilidad civil en general”³⁵⁴.

³⁵³ Ver, PADILLA Rodrigo y PADILLA, René (h), “Responsabilidad civil del abogado”, en *Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Derecho de las Obligaciones (Responsabilidad por Daños) y Derecho de los Contratos (teoría general del contrato)*, 1ª ed., Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2005, págs. 387 y s.s. y PADILLA, Rodrigo, *Curso de Responsabilidad civil: Teoría general, presupuestos, conferencias, jurisprudencia y nuevo Código Civil y Comercial*, UNSTA, 2014, págs. 240 y s.s.

³⁵⁴ Conf. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, “Las responsabilidades profesionales en la última década del siglo XX y la prospectiva para el siglo XXI”, en *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, vol. 1, Carlos A. Gherzi (Coordinador), 2ª ed., Hammurabi, Bs. As., 2000, pág. 321; TRIGO REPRESAS, Félix A., “La exigencia de un nexo adecuado de causalidad entre el obrar profesional y el daño, como recaudo de la responsabilidad civil del abogado”, *RCyS* 2006, págs. 562 y s.s. y en “Los distintos roles del abogado: apoderado, consultor, patrocinante. Deberes y responsabilidades en cada caso”, en *Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, pág. 72. En idéntico sentido, entre otros tantos, ANDORNO, Luis O. “La responsabilidad de los abogados en los Proyectos de Reforma del Código Civil”, en *Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, págs. 165 *in fine* y 166; BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, “Naturaleza de la relación entre abogado y cliente”, en *Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, pág. 129; BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, “La responsabilidad del abogado frente al cliente en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho de Daños, 2016-3, Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, págs. 187 y s.s.; CASTIGLIONE, Rafael Alberto, “Enfoque sobre la mala práctica profesional de los abogados”, *La Ley NOA*, 2007 (junio), págs. 571 y s.s.; CASTRO DURÁN, Ricardo Manuel, “Los pactos limitativos de la responsabilidad civil del abogado”, en *Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, págs. 152 y 153; COMPIANI, María Fabiana y STIGLITZ, Rubén S., “De algunas responsabilidades profesionales y su cobertura asegurativa”, publicado en *RCyS*, 2007, págs. 205 y s.s.; DÍAZ, Eduardo A., “Responsabilidad del abogado por la confección de escritos. Casuística jurisprudencial”, en *elDial.com*, Biblioteca Jurídica Online, Suplemento de práctica profesional, 03-02-2010, año XII; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “La responsabilidad profesional del abogado y el resarcimiento del daño moral”, publicado en *RCyS*, 2005, págs. 480 y s.s.; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Responsabilidad de abogados y procuradores por pérdida de chance”, publicado en *RCyS*, 2002, págs. 409 y s.s.; STIGLITZ, Rubén S., “Seguro contra la responsabilidad civil profesional” en *Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, pág. 96.

De hecho, la doctrina prácticamente en forma pacífica nos señala que *los cuatro elementos o requisitos “clásicos” del deber de resarcir se reproducen en la mala praxis “forense”*. Así, para hacer civilmente responsable a un abogado será menester constatar: 1) un hecho que infringe un deber jurídico de conducta impuesto por el ordenamiento jurídico -antijuridicidad o ilicitud-; 2) un perjuicio sufrido por otra persona, en nuestro caso su “ex” cliente; 3) un factor de atribución que justifique la imputación mentada y; 4) un nexo “adecuado” o “eficiente” de causalidad entre el hecho antijurídico y el daño causado³⁵⁵.

También en la jurisprudencia puede observarse este parecer que consiste en constatar o exigir la presencia de los requisitos responsabilizantes para lograr el nacimiento del crédito indemnizatorio en cabeza del cliente, víctima de una mala práctica “forense”. En esta línea puede verse, *ad exemplum*, las STS, Sala Primera, de lo Civil, del 26 de septiembre de 1989³⁵⁶; del 23 de mayo de 2001³⁵⁷; del 3 de julio de 2001³⁵⁸; del 14 de diciembre de 2013³⁵⁹, entre otras tantas.

Por nuestra parte, entendemos que la responsabilidad civil no puede ser mirada como algo *estática*, donde sus elementos, componentes o requisitos luzcan claros, individuales o autónomos; ergo sin vinculación alguna. Ya hicimos mención sobre el particular y sobre la manera *dinámica* que pregonamos imprescindible para enfocar el fenómeno

³⁵⁵ Conf. TRIGO REPRESAS, Félix A., “La exigencia de un nexo adecuado de causalidad entre el obrar profesional y el daño, como recaudo de la responsabilidad civil del abogado”, *RCyS*, 2006, págs. 562 y s.s. En idéntico sentido, entre otros tantos, CASTIGLIONE, Rafael Alberto, “Enfoque sobre la mala práctica profesional de los abogados”, *La Ley NOA*, 2007 (junio), págs. 571 y s.s.; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “La responsabilidad profesional del abogado y el resarcimiento del daño moral”, *cit.*, págs. 480 y s.s.; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Responsabilidad de abogados y procuradores por pérdida de chance”, *cit.*, págs. 409 y s.s.; WIERZBA, Sandra M., “Responsabilidad civil del abogado por prescripción de la acción intentada”, *RCyS*, 2007, págs. 598 y s.s. En algunos ordenamientos, cabe aclarar, se prescinde del requisito de la “antijuridicidad”, que a veces “olvidan” por completo, y otras se “aloja” o esconde en algún elemento indispensable, como ser el daño o el factor atributivo. Respecto de la antijuridicidad, el nuevo Código Civil y Comercial argentino lo que determina es su “presunción” al constatarse alguna acción u omisión que cause un daño, si no está justificada (conf. al art. 1717 del C.C.C.). Por su parte los hermanos MAZEAUD, expresamente dicen que son tres los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, a saber: el perjuicio; la culpa; y el vínculo de causalidad entre ambos. Ver MAZEAUD, Henri y Léon – TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. 1ero, vol. 1, *ob. cit.*, n° 17, pág. 33.

³⁵⁶ STS (Sala I), del 26 de septiembre de 1989, (RJ 1989, 6379). Allí se rechaza la demanda de responsabilidad civil contra un abogado y un procurador, por no constatar la presencia del requisito de la antijuridicidad o ilicitud de la acción.

³⁵⁷ STS (Sala I), 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372). En dicha sentencia se enumeran, a título ejemplificativo, los deberes profesionales a cargo del abogado. También se resalta que el mismo está sujeto a una obligación de medios -contrato de arrendamiento de servicios-, razón por la cual no opera la inversión de la carga de la prueba de la culpa. A nosotros ahora sólo nos interesa que dicho precedente exige, para hacer nacer la responsabilidad del letrado, que se pruebe su culpa, el nexo de causalidad entre dicha conducta y el daño -la realidad del daño, expresa-, presupuestos que no se constataron en autos y que motivaron que la sentencia fuere “no estimatoria”.

³⁵⁸ STS (Sala I), 3 de julio de 2001 (RJ 2001, 1701). Esta sentencia es muy gráfica de lo que estamos señalando en el texto. Además, nos refiere de la responsabilidad característica del abogado frente a su cliente, es decir la naturaleza contractual de la misma. Así, dijo el Supremo -esta vez para responsabilizar al letrado- que “Los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1101 Cc son la preexistencia de una obligación, su incumplimiento debido a culpa o negligencia o falta de diligencia del demandado y no a caso fortuito o fuerza mayor, la realidad de los perjuicios y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos, todos cuyos presupuestos concurren en el supuesto del debate”.

³⁵⁹ En dicha resolución resalta el Supremo que “La responsabilidad profesional del abogado -STS 14 de julio 2010- exige la concurrencia de los siguientes requisitos: (i) El incumplimiento de sus deberes profesionales. En el caso de defensa judicial estos deberes se ciñen al respeto de la *lex artis* (reglas del oficio), esto es, a las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particularidades circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado. Se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos (STS de 14 de julio de 2005) (ii) La prueba del incumplimiento. La jurisprudencia ha establecido que, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y la existencia y alcance de éste corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (STS de 14 de julio de 2005, 21 de junio de 2007). (iii) La existencia de un daño efectivo consistente en la disminución cierta de las posibilidades de defensa... (iv) Existencia del nexo de causalidad, valorado con criterios jurídicos de imputación objetiva... (v) Fijación de la indemnización equivalente al daño sufrido o proporcional a las pérdidas de oportunidades... Ver, estas y otras tantas sentencias, en: LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *Selección de Jurisprudencia. Ob. cit.*, Editorial SEPIN, Madrid, 2016, págs. 77 y s.s.

responsabilizante³⁶⁰. Pues, volviendo a la mala práctica de los letrados, normalmente, como se dijo, la doctrina entiende que esos mismos requisitos son ineludibles para llegar a un responsable, en nuestro caso el abogado imperito³⁶¹.

Este tipo especial de responsabilidad, como señaló TRIGO REPRESAS, se puede gestar cuando los practicantes de una profesión faltan “a los deberes específicos que ella les impone; o sea que tal responsabilidad deriva de una infracción típica de ciertos deberes propios de esa actividad, ya que es obvio que todo individuo que practique debe poseer conocimientos teóricos y prácticos propios de la misma y obrar con la diligencia y previsión necesarias con ajustes a las reglas y métodos que correspondan”³⁶²; además dichos conocimientos deben estar debida y constantemente actualizados³⁶³. Con respecto a la verdadera obligación de “estar al día” referidos a los profesionales objeto de nuestro estudio, recordemos que el primer mandamiento de COUTURE³⁶⁴ nos decía que el abogado debe “estudiar” puesto que el Derecho se transforma constantemente y el abogado que no sigue sus pasos será cada día menos abogado.

En este sentido hace un tiempo PLANIOL primero, y después RIPERT decían, precisamente de la responsabilidad profesional que “Todo individuo que ejerce una profesión está obligado a poseer los conocimientos teóricos y prácticos propios de ella, debiendo poner en su conducta la previsión y la diligencia necesarias”³⁶⁵. También con esta inteligencia se

³⁶⁰ Remitimos a PADILLA, René A., “Sistema de la responsabilidad civil”, *ob. cit.*; PADILLA, Rodrigo, “Visión crítica a las cuestiones centrales de la responsabilidad civil”, *ob. cit.*; PADILLA, Rodrigo, *Curso de Responsabilidad civil: Teoría general, presupuestos, conferencias, jurisprudencia y nuevo Código Civil y Comercial*, UNSTA, 2014.

³⁶¹ En contra de esta tendencia mayoritaria, se ha afirmado que no necesariamente los cuatro requisitos o elementos tradicionalmente expresados deben darse en todos los casos de responsabilidad civil, en especial “habría que comenzar a revisar aquel criterio que reclama la existencia de conducta (u omisión) antijurídica y del factor de atribución”, conf. AROZA, José M., “Aspectos de la responsabilidad civil de los abogados”, *LLBA*, 2003, págs. 1103 y s.s. En pocas palabras entiende este autor que con dos requisitos bastaría para que el letrado brinde respuestas patrimoniales, siendo éstos: el daño causado y la relación de causalidad adecuada. Nos preguntamos ¿cómo relacionamos a la relación de causalidad si es que le quitamos un extremo o punto de conexión? Además, no nos convence esta cuasi imputación objetiva, menos aún cuando de responsabilidad profesional tratamos. Por otro lado, no es cierto que recién ahora habría que revisar los típicos requisitos referidos al factor atributivo clásico -culpa- y a la antijuridicidad de la conducta, pues los mismos están siendo objeto de bombardeo desde hace más de medio siglo, ya en Francia (cuna del nacimiento de la “responsabilidad objetiva moderna”), ya en Italia (desde 1942 que se habla de un “daño injusto”), sea en España o Argentina. De todas formas, es muy interesante el artículo que citamos, más allá de nuestro disenso en este punto. En puridad no estamos contentos con gran parte de la doctrina por la forma de encarar a la responsabilidad civil de una manera puramente estática -y no como “sistema”- pero esta es otra cuestión y remitimos a otros lugares, en particular a las obras nombradas en la cita anterior.

³⁶² *Ibidem* cita anterior, y también ver en TRIGO REPRESAS, Félix A., “La noción clásica de culpa. Domat. *Art. cit.*, pág. 49; DÍAZ, Eduardo A., “Responsabilidad del abogado...*cit.*”; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, pág. 711; WIERZBA, Sandra M., “Responsabilidad civil del abogado por prescripción de la acción intentada”, *RCyS*, 2007, págs. 598 y s.s.

³⁶³ Entre otros, TRIGO REPRESAS, Félix A., “Falta de legitimación ‘ad causam’ del actor y responsabilidad civil del abogado”, *La Ley*, 2007-B, págs. 570 y s.s., y en *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales*, Tomo V, pág. 1077 y s.s.; y en “Los distintos roles del abogado: apoderado, consultor, patrocinante. Deberes y responsabilidades en cada caso”, *art. cit.*, pág. 73.

³⁶⁴ *Los mandamientos del abogado, cit.*, mandamiento primero.

³⁶⁵ PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo sexto, Las Obligaciones, primera parte*, con el concurso de Pablo Esmein, traducción española de Mario Díaz Cruz con la colaboración de Eduardo Le Riverend Brusone, Cultural S. A., Habana, 1936, n° 523, pág. 721. También POTHIER -al tratar sobre los daños y perjuicios que resultan del incumplimiento o retardo en el cumplimiento de las obligaciones- hace expresa referencia al profesional. Con los conocidos ejemplos que brinda se sirve para hacer una distinción según se trate de personas legas o, por el contrario, entendidas en los asuntos implicados. Así, refiere el ejemplo de la ruina de una casa producto de piezas de maderas defectuosas que han servido para apuntalarla. Entonces, si dicho vendedor no era un hombre entendido en el asunto y por lo tanto no era de su oficio conocer la calidad de los maderos, cuyos defectos los ignoraba, los daños y perjuicios solamente consistirán en una deducción del precio de lo que se ha pagado de más al comprar por bueno lo que era defectuoso. En cambio, si el que ha vendido era un hombre del oficio -vg. un carpintero-, vendrá obligado al pago de los daños y perjuicios que resulten de la ruina y “no será admitida su disculpa de que él los creía buenos y suficientes; pues aún cuando dijera verdad, esta ignorancia de su parte no podría excusarse en un hombre que hace profesión pública de un estado y de un arte: *Imperitia culpa annumeratur (L. 132, D. de R. I.)*”, conf. POTHIER, Roberto José, *Tratado de las Obligaciones*, traducido al español con notas de derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores, parte primera, Barcelona, Imprenta Roger, 1839, n° 163, pág. 97. Con este texto nos manejaremos en el presente estudio, principalmente por su valor histórico. Empero, existe además una excelente traducción -de fácil acceso- realizada por M. C. de las Cuevas, tomando la edición francesa de 1824 dirigida por Dupin, editado por Eliasta S.R.L., libro de edición argentina -impreso en San Pablo, Brasil-, 1993, n° 163, pág. 94. En fin, puede consultarse también la edición de 1947 realizada por la Editorial Atalaya, Buenos Aires, n° 163, pág. 94, también la corrige y revisa M. C. de las Cuevas tomando la versión directa del

resolvió que la “irresponsabilidad profesional es aquella en la que incurren quienes ejercen determinadas profesiones liberales al faltar a los deberes especiales que su arte o ciencia les imponen”³⁶⁶.

Claro está que la responsabilidad civil de los abogados es una de las tantas responsabilidades profesionales cuyos principios básicos no difieren sustancialmente de los criterios generales. Acertadamente y en forma algo elemental se señaló que “se trata de una responsabilidad que reconoce su origen en una conducta dolosa, culpable o negligente derivada del ejercicio de la profesión de abogado”³⁶⁷.

Incluso bajo el imperio del nuevo ordenamiento argentino se ha afirmado con acierto que “el nuevo Código no ha introducido variantes significativas en materia de responsabilidad profesional, al menos en relación con los aspectos que la doctrina y jurisprudencia habían elaborado en derredor del Código anterior, de allí que, en principio, resultan aplicables al nuevo dispositivo. De ese modo... la responsabilidad del abogado frente al cliente... Si bien se trata de un supuesto especial de responsabilidad (al estar incorporado en la Sección 9ª del Título V), requiere para su configuración de los mismos elementos o *presupuestos comunes* a cualquier responsabilidad civil (art. 1716, CCyC)”³⁶⁸.

Con lo dicho -que no admite prueba en contra- queremos desenmascarar la primera falsa dicotomía que nos planteáramos, puesto que *no existe una responsabilidad civil profesional que se distancie en lo esencial de los principios rectores de la responsabilidad civil general, ello sin desconocer, empero, que tenga matices propios*³⁶⁹.

2.2. La culpa profesional, ¿es diversa de la culpa común? ¿Es válido hablar de una culpa grave diferente de la leve?

Si la culpa profesional es diversa a la culpa común, parece estar casi resuelto. En efecto, si afirmamos recién que no existe una responsabilidad profesional con criterios o fundamentos distintos de los principios genéricos, es justamente porque no es válido predicar que la llamada *culpa profesional* sea una especie particular de culpa, hartamente distante de la común aplicable al “profano”. Entonces: *la culpa profesional no se distancia en absoluto de la general*³⁷⁰. Pero esta cuestión, así presentada, no fue siempre tan clara, ni es, seamos sinceros, doctrina unánime en todos lados.

Traité des Obligations según la edición de 1824. Por cierto que este tema de los daños y perjuicios es tomado directamente por POTHIER de las enseñanzas de Molineo o Dumoulin.

³⁶⁶ C.N.Fed. C.C., Sala III, 21-10-2004, “Viñas de Ortiz, María C. y otros c/Instituto de Servicios Sociales Bancarios”, caso citado por BARBADO, Patricia Viviana, “La culpa. Jurisprudencia Nacional”, *Revista de Derecho de Daños, 2009-I, La culpa -I*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, pág. 309.

³⁶⁷ Conf. ANDORNO, Luis O., “La responsabilidad de los abogados”, en *Derecho de Daños*, Félix A. Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz (Directores), La Rocca, Bs. As., 1989, pág. 473; y del mismo autor, “La responsabilidad de los abogados en los Proyectos de Reforma del Código Civil”, en *Revista de Derecho de Daños, 2005-I, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, pág. 165.

³⁶⁸ Conf. BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, “La responsabilidad del abogado frente al cliente en el nuevo Código...”, *cit.*, págs. 207 y 208.

³⁶⁹ Indicaron hace un tiempo PLANIOL y RIPERT que “Los abogados no escapan a la regla general de la responsabilidad por daños causados en el ejercicio de su profesión”, no obstante, luego aclaraban ciertas particularidades propias del sistema francés y sobre todo del criterio dominante en esa época, pues señalaban que “al prohibir a sus miembros actuar como mandatarios de sus clientes, los Colegios de Abogados han eliminado en la práctica casi totalmente las demandas por responsabilidad civil. Las compilaciones de Jurisprudencia no nos ofrecen ningún caso en que un Abogado haya sido condenado por insuficiencia o error en el pleito o en la consulta... La razón de ello, en cuanto a los errores de derecho, es que los Tribunales deben subsanarlos y, en cuanto a los de hecho, el principio de que solamente el Procurador representa a la parte.” Conf. PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo sexto, Las Obligaciones, primera parte*, con el concurso de Pablo Esmein, traducción española de Mario Díaz Cruz con la colaboración de Eduardo Le Riverend Brusone, Cultural S. A., Habana, 1936, n° 536, pág. 741 y 742. Más adelante veremos la evolución acaecida que en pocas palabras representó la pérdida del privilegio del que gozaba el profesional del Derecho, al menos el abogado.

³⁷⁰ La única diferencia radicaría en que la culpa profesional -o culpa del profesional- es siempre *impericia*, según nuestro modesto entender. Es decir, lo que representa la *diligencia* en el ámbito normal o general, es “reemplazada” por la *pericia* en el campo profesional. De allí que exista una directa vinculación entre la relación que guarda la diligencia con la *culpa*, y la referida a la pericia con la *impericia*. La primera con relevancia en el campo no profesional y cuyo parámetro general de comparación -modelo- será el archiconocido del *bonus pater familias* (o *personne raisonnable*). La que nos ocupa tendrá como referencia y criterio de comparación - con la finalidad de poder imputar una conducta realizada en contravención por lo dispuesto por la *lex artis*- el

Si hacemos una somera revisión veremos que esta dicotomía descubierta ha pasado por *diversas etapas*. En efecto, “La antigua doctrina francesa entendió que por la naturaleza de los intereses en juego y la necesidad de fundamentar o estimular ciertas acciones, la noción de culpa debía encogerse en ciertos supuestos a la noción de dolo o culpa grave, colocándose como un caso paradigmático el de los médicos”³⁷¹.

En este sentido PLANIOL y RIPERT señalaban que “Se ha entendido a veces, respecto a ciertas profesiones, que la entrega de un diploma o la aprobación de los poderes públicos, necesarios para ejercerlas, implican la presunción de capacidad, de tal suerte que la responsabilidad es puramente moral, o, al menos, que la responsabilidad civil solamente existe en caso de culpa grave; a lo que se ha agregado que el mismo público tendría interés en la ausencia de una responsabilidad que puede llegar a obstaculizar las iniciativas”³⁷².

Debe resaltarse que se ha tenido que “evolucionar” bastante para poder enjuiciar a los otrora privilegiados profesionales. Pues en esta evolución un paso importante consistió en demandar a los médicos los mismos criterios de previsión y evitación exigibles al ciudadano común. De suma importancia resultó ser un memorable fallo de la Casación francesa del año 1862, por medio de la Cámara de Admisión, donde se sentó la regla que los profesionales - en puridad, los médicos- estaban sujetos a los principios generales de responsabilidad³⁷³. No obstante, hay que reconocer que durante prácticamente un siglo más tuvieron ciertos privilegios los profesionales liberales en general, y los médicos en especial. Pero ello cambió y a veces se pasa al otro extremo como veremos a continuación.

Por supuesto que existen muchas *causas* que determinaron el nacimiento y luego la consolidación de la responsabilidad civil de los profesionales, con particular énfasis en el sector médico, insistimos. Desde la década de los años 70 del siglo pasado, en adelante, este fenómeno es observable y su pronóstico es todavía un mayor incremento de tales demandas. Entre dichas causas se mencionan, por ejemplo, el abandono de la tesis que consagraba la irresponsabilidad del profesional fundada en la incertidumbre existente en las ciencias blandas; además se ha modificado la óptica del abordaje del estudio de la responsabilidad civil, pues hoy tiene el rol preponderante el daño injustamente causado a la víctima y no tanto la conducta del victimario; ello sumado a la revalorización del contrato de servicios profesionales, sobre todo cuando está relacionado con derechos personalísimos; también se ha dicho que este incremento de demandas obedece a la masificación y burocratización del servicio, en tanto ello resiente el diálogo y la confianza que debe prevalecer en el vínculo

del *buen profesional*. Con ello no queremos significar que el modelo del buen profesional equivalga a alguna de las graduaciones de la culpa, sino simplemente se trata de otro “distinto”, válido para un campo o área especial. En este sentido el nuevo Código Civil y Comercial argentino determina, en su artículo 1724, que la culpa “en general” “Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión”. Ya desarrollaremos estas ideas así presentadas.

³⁷¹ PARELLADA, Carlos Alberto, *Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional*, Astrea, Bs. As., 1990, pág. 79.

³⁷² *Ob. cit.*, n° 523, pág. 721. Es digno resaltar que estos juristas franceses ya pensaban que “Tal opinión ha de ser rechazada. El control previo de la capacidad no es más que una garantía primera; los propios hechos revelan su insuficiencia y no parece que la consagración de una responsabilidad civil pueda ser obstáculo al progreso, siempre que en la apreciación de la existencia de la culpa se tengan en cuenta las necesidades de la actividad y de los usos”, conf. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, cit.*, n° 523, pág. 722.

³⁷³ *Cadm.*, 21-07-1862, Sirey, 1862, 1ª parte, pág. 818. Es cierto que esta “paradójica” sentencia también es usada por los partidarios de la culpa grave. Veamos, entonces -de la mano de los MAZEAUD- qué dice la misma. Comienza sentando el principio que los médicos están sujetos a las reglas del derecho común. En efecto señala “Que toda persona, cualquiera que sea su situación o profesión, está sometida a esta regla (responsabilidad por simple culpa), que no lleva consigo excepciones sino aquellas que están formuladas nominativamente por la ley; que no existe ninguna excepción de esa naturaleza a favor de los médicos”. Pero dicha resolución añade “Que, sin duda, corresponde a la prudencia del juez no injerirse temerariamente en el examen de las teorías o de los métodos médicos, y pretender discutir sobre cuestiones de pura ciencia; pero que existen reglas generales de buen sentido y de prudencia a las cuales hay que ajustarse, ante todo, en el ejercicio de cada profesión; y que, dentro de esa relación, los médicos siguen sometidos al derecho común, como todos los demás ciudadanos”. Como se puede apreciar con nitidez, la Corte de Casación dio un mero consejo a los jueces, “les recomienda no tomar partido en las controversias médicas, no pronunciarse por tal escuela contra la otra... (como dijo DUPIN) no transformarse en Sorbona de la medicina, evitarse el ridículo de terciar entre HIPÓCRATES y GALENO”, conf. MAZEAUD, Henri y Léon – TUNC, André, *ob. cit.*, n° 510, pág. 169. Coincidimos plenamente con la apreciación que realizaron los hermanos MAZEAUD quienes agregan que la Corte no prohíbe a los jueces que condenen a un médico que haya incurrido en culpa “leve”, al contrario se declara con claridad que el médico está sometido al Derecho común, como todos. Les recuerda, simplemente, que la culpa debe acreditarse, para lo cual, en cuestiones de esta naturaleza, lo más aconsejable es valerse de pericias, no muy usadas entonces, pero de práctica corriente en la actualidad.

profesional-cliente (paciente, requirente, etc.); además, se ha jerarquizado el “deber de información”, el cual, en tanto carga secundaria de conducta, puede generar responsabilidad profesional -ante la ausencia del consentimiento informado-, más allá de la discusión sobre el *quantum respondeatur* que cabe asignarle a cada caso; todo ello sumado a la extensión del acceso a la justicia (juicios sumarios, amparos, etc.) lo que determina, en definitiva, un aumento constante de la litigiosidad y un considerable incremento de juicios por malas prácticas profesionales³⁷⁴.

Pero a nosotros nos interesa sobremanera la primera de las causas mencionadas, por ello analizaremos un poco más *la cuestión referida a la exigencia de culpa grave en el letrado, o la pretendida irresponsabilidad del mismo basada en el ejercicio de una ciencia blanda*. En lo que sigue veremos de qué trata.

En primer lugar, debemos remarcar que los partidarios de la doctrina de la “culpa profesional” diversa de la común, pregonaban que el profesional era soberano en su quehacer y su conducta basada en sus principios propios no debía ser enjuiciada por los tribunales ordinarios de Justicia. A lo sumo se consentía que sus colegas a través de los tribunales administrativos o de ética profesional tengan potestad para controlar su actividad. Pero esta interpretación fue cediendo y, así, de una total irresponsabilidad civil de los profesionales se pasó, primero a una *responsabilidad eufemística* -terminología empleada por nuestro amigo y estimado jurista Jorge MOSSET ITURRASPE-, para luego consagrar la plena responsabilidad profesional³⁷⁵.

Pues en este segundo tramo -el de la responsabilidad profesional eufemística- argumentaban sus defensores que los profesionales debían de responder ante los tribunales civiles sólo ante los casos de culpa grave³⁷⁶ o dolo³⁷⁷. En puridad se hacía la distinción de

³⁷⁴ Conf. COMPIANI, María Fabiana y STIGLITZ, Rubén S., “De algunas responsabilidades profesionales y su cobertura asegurativa”, publicado en *RCyS*, 2007, págs. 205 y s.s.; STIGLITZ, Rubén S., “Seguro contra la responsabilidad civil profesional”, *art. cit.*, págs. 91 y s.s.

³⁷⁵ En nuestro trabajo citamos varios libros y artículos del mencionado maestro santafecino. Cabe resaltar que hace más de treinta y cinco años ya señalaba que la crisis del servicio de Justicia tiene mucho que ver con el modo de cumplir su función por parte de abogados y jueces y que el desconocimiento del saber jurídico o la negligencia o imprudencia en su aplicación redundan en graves fallas en aquel servicio. Además, sostuvo entonces (luego de recordar a Leemans cuando hablaba de la “irresponsabilidad” del abogado) que “debe admitirse que de esta irresponsabilidad absoluta se ha pasado a un cierto reconocimiento del deber de resarcir los perjuicios nacidos de comportamientos francamente reprochables. La doctrina y la jurisprudencia, van, poco a poco, señalando, entre nosotros, aquellas situaciones que comprometen civilmente a los abogados”, MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad profesional del abogado por daños en el ejercicio de su misión”, en *La Ley*, 1980-C, págs. 488 y s.s.; Ver, también de su autoría “Las chances. Responsabilidad del abogado”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-I, Chances*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, págs. 69 y s.s.; y “El rol social de los abogados en el juicio de daños” en LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. (Director), *Responsabilidad Civil, homenaje al doctor profesor René A. Padilla*, La Ley, Buenos Aires, 2010, págs. 379 y s.s.

³⁷⁶ Por culpa grave se entiende “el actuar con la mayor desaprensión, no comprender -según los romanos- lo que cualquiera hubiere comprendido, la omisión de las precauciones más elementales, la negligencia o imprudencia grosera, no haber previsto lo que era previsible para el hombre menos atento y cuidadoso”, conf. NIEL PUIG, Luis, “Culpa – Culpa grave”, en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield, Vol. II, Cap. III Responsabilidad Civil*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba -Argentina-, 2000, pág. 550. Es decir que la culpa grave “es aquella que no comete un hombre dotado de la inteligencia más vulgar; es no entender lo que todos entienden; es la ignorancia extrema”, señala con razón el estimado profesor LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1997, pág. 452. Allí también se remarca, como lo hicimos varias veces en nuestro trabajo, que ya los romanos la consideraban semejante al dolo. En la fórmula de Ulpiano, citada a través de Petit, la culpa lata es la demasiada ignorancia, esto es, no entender lo que todos entienden (*Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere quod omnes intelligunt*). Hay que aclarar, por otro lado, que la culpa grave difiere del dolo justamente en la *intención* del autor, puesto que el que actúa dolosamente *quiere* causar el daño y *conoce* el mismo, se lo representa y va en su búsqueda, diríamos sin más detalles. Pero la jurisprudencia en general, y muchas leyes en especial, tienden a asimilar las consecuencias del autor doloso respecto del que incurre en culpa grave. Aunque bien dijo Jossierand que la definición del Digesto (50, 16, fr. 213, 2, fr. 233, pr.) es un tanto estrecha pues sin ser “estúpido”, un hombre puede ser muy distraído o excesivamente imprevisor. Pero lo cierto y constatable es esta asimilación en general que se viene haciendo desde tiempos de Justiniano al menos, cuando no de Ulpiano. Por ejemplo, y siguiendo con el Digesto, se afirmaba que *Culpa lata dolo aequiparatur* (Dig., 50, 16, fr. 226); *Lata culpa dolo comparabitur* (Dig., 11, 6, fr. 1, & 1); *Magnam negligentiam placuit in doli crimen cadere* (Dig., lib. 44, 7, fr.1 & 5). Ver, por todos, RIPERT, Georges – BOUNLAGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil (según el Tratado de Planiol), tomo IV, Las Obligaciones (1ª parte)*, Vol. I, cit., pág. 473.

³⁷⁷ Por dolo obligacional entendemos a la inexecución deliberada de la prestación, no siendo menester que exista una manifiesta intención de causar daño. Ver nuestra *Visión crítica...*, cit., pág. 40. Por supuesto que con ello no pretendemos confundir nociones como las del *animus nocendi* -innecesaria en nuestra tesis para configurar el dolo obligacional- con *animus defendendi*. Ver con respecto a esto último, TRIGO REPRESAS,

culpa común o material y culpa profesional. Pues de la culpa común, los profesionales debían rendir cuentas como cualquier persona -por ejemplo, el médico que se olvida algún material en el cuerpo del paciente, o el abogado que pierde un documento, etcétera-. Pero en el campo de la culpa profesional, como se dijo, sólo se los enjuiciaría si la misma aparecía con los matices de gravedad, situación asimilable al actuar doloso³⁷⁸.

Esta discriminación no era, empero, del todo arbitraria, debido a que se fundamentaba en la razón de ser -en la esencia misma- de estas profesiones. Adviértase que casi todas estas teorías tuvieron su génesis en el ámbito médico, es decir en la ciencia de la medicina. Pues se sabe, como adelantáramos, que ésta es una “ciencia imperfecta” o “arte blando”³⁷⁹. De hecho lo mismo quepa decir de la abogacía³⁸⁰ y no faltan voces que aún hoy se escuchan que lisa y llanamente afirman que toda cuestión jurídica es opinable y que si la mitad de la biblioteca otorga razón a una parte, la otra mitad hace lo propio con su contraria.

Entonces, al exacerbar o amplificar estas cualidades de las profesiones “liberales” se llegaba a la conclusión que el profesional sólo respondía si hubiese salido del campo de lo opinable para entrar en lo “indiscutible”. En este sentido, ya habíamos manifestado que los profesionales son soberanos en su ámbito propio y que esta discrecionalidad científica es una nota tan típica que se debía mantener incluso en aquellos casos en los cuales el profesional ejecuta su prestación bajo algún régimen de dependencia. En aras justamente de esta discrecionalidad es que se forjó la idea que los profesionales no debían dar respuestas de sus

Félix A., *Responsabilidad civil del abogado*, 1ª reimpresión de la 1ª edición, Hammurabi, Bs. As., 1996, págs. 174 y 175.

El nuevo Código Civil y Comercial argentino define al dolo, en el mismo artículo que trata sobre la culpa que citaremos en el texto, señalando que “El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”, conforme a su art. 1724, *in fine*. Por supuesto que en esta definición “amplia” quedan comprendidos el dolo “obligacional” y el dolo “delictual”, puesto que en principio no se establecen las divisiones de órbitas de responsabilidad en contractual y aquiliana. Además, entendemos que esta última alusión tiende a equiparar el dolo con la culpa grave (o dolo eventual). Ver: PADILLA, Rodrigo, *Curso de Responsabilidad civil... cit.*, págs. 46 y s.s.

³⁷⁸ Todavía existen partidarios de esta teoría e incluso podemos encontrar jurisprudencia que comulga con tal parecer. Por ejemplo, un caso fallado en el año 2000 sostuvo que “No cabe responsabilizar civilmente al médico por daños causados en el ejercicio de su profesión, si el error cometido no es grave e inexcusable”, CCDoc. y Loc. de Tucumán, Sala 3, 14-02-2000, “Barros, Juan Lucas c/Sanatorio Parque, s/Daños y perjuicios”, sentencia n° 13, resolución que compila GASPARETTI, Viviana Inés, “La Culpa. Provincia de Tucumán”, en *Revista de Derecho de Daños, 2009-1, La culpa -I*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, pág. 467.

³⁷⁹ Recuérdese la máxima que enseña que en medicina no hay enfermedades, sino enfermos.

³⁸⁰ Siempre existió cierto rechazo o resistencia en aceptar el carácter científico del Derecho. Ello debido a la falta de rigor metodológico y de desarrollo histórico en comparación con otras “ciencias”. Recordemos las palabras de Julius Hermann von Kirchmann (jurista y político alemán; Procurador del Rey de Prusia -Berlín-), quien en 1847 al negarle cientificidad al Derecho, por ser totalmente imposible la construcción de una ciencia respecto de un objeto falto tanto de fijeza como de permanencia, afirmaba que el legislador puede con un plumazo convertir bibliotecas enteras en basura -frase también traducida como “tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles”. La famosa conferencia fue dictada en la Academia jurídica berlinesa y se tituló “La falta de valor de la Jurisprudencia como ciencia” -*Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*-.

Por nuestra parte creemos que si el Derecho es o no una ciencia es un debate que podemos dar por superado si abrazamos un concepto amplio de ciencia, y no la reducimos únicamente a las que operan con base en la experimentación empírica o con el apoyo de las matemáticas. En efecto, a raíz de los estudios de Rickert, “se reconoce la existencia de dos tipos de disciplinas científicas: las naturales (y las físico-matemáticas) y las sociales, entre las cuales se encuentra el derecho”, conf. SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis “El abogado como investigador”, en *El papel del abogado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Universidad Americana de Acapulco, Porrúa, México, 1999, págs. 173 *in fine* y 174. En igual sentido se ha expresado que el Derecho “no se trata de una ciencia exacta, sujeta a las reglas de las matemáticas o de la lógica formal o pura, sino de una ciencia social, de lo humano, ciencia ‘blanda’, gobernada por el razonamiento de tipo aporético, para cuyo estudio el único método susceptible de ser aplicado exitosamente es el dialéctico”, conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Las dificultades de la ciencia jurídica para concluir en la responsabilidad de quienes ejercen profesiones vinculadas a ella”, en *Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, pág. 7. Creemos que tal parecer es prácticamente irrefutable. Nadie duda que nuestra disciplina constituye una *ciencia blanda*, sin llegar a ser “arte” pura, donde reina la soberana libertad del “artífice” o artista. Por otro lado, si acaso vale la metáfora, nuestro método de estudio ya propuesto desde el inicio de este trabajo es justamente el analógico, una suerte de “dialéctica”, entendida en el genuino sentido socrático; un *diálogo* entre lo que sucede en la ciencia de la medicina, respecto de lo que debiera suceder en el campo jurídico. Ahora bien, lo afirmado por nuestro querido amigo y reconocido jurista Jorge Mosset Iturraspe, en el sentido que en nuestra materia gobierna el razonamiento de tipo “aporético”, es claro que se trata de una exageración, puesto que en realidad lo aporético (relativo a la aporía) contiene una inviabilidad de orden racional; ergo: ni siquiera se trata de un verdadero razonamiento.

actos, ya que su proceder se supone realizado con una preparación tal que si ha seguido un camino, desechando otros posibles, debe haber sido guiado por su *lex artis*. Sólo si su “error” (como dirían los MAZEAUD) -en puridad *defecto* de conducta- fuese grosero, torpe o grave, tendría que responder patrimonialmente. Por supuesto que igualmente debía responder si ha causado el daño en forma deliberada.

Insistimos, según este parecer, si la culpa versaba sobre una cuestión científica, la conducta del profesional debiera ser por lo menos “grave” para poder imputársela jurídicamente. Esta culpa grave implica un desconocimiento grosero de las reglas elementales que hacen a su profesión. Connota un actuar contrariando lo aconsejado en forma unánime por los científicos de su área.

Asimismo, y justificando este verdadero privilegio de los médicos, se determinó que los jueces no tenían potestad para valorar o interpretar un dictamen pericial, “dado que éstos no podían terciar en una porfía científico-médica cuando los profesionales del arte del curar discutían sobre las posibilidades de seguir varios caminos”³⁸¹. En pocas palabras, la cuestión “técnica o científica médica” era sagrada y extraña a los ojos de la impotente Justicia.

Además, en nuestra materia particular, también se ha fundamentado esta “irresponsabilidad del abogado”, alegando que al ser dicho profesional un ‘auxiliar’ indispensable del magistrado (y de la Justicia), debe beneficiarse con la misma impunidad que él, siendo su responsabilidad más moral que jurídica³⁸².

Por nuestra parte no compartimos dicha posición y pensamos -con la doctrina mayoritaria en este punto³⁸³- que *no existe una culpa profesional distinta de la común*, debido a que “Se trata simplemente de la aplicación de un concepto general a un ámbito particular, similar a lo que ocurre con la culpa, en la conducción de vehículos, la deportiva, etcétera”³⁸⁴. Empero, con ello no queremos significar que no exista, sobre todo en las profesiones liberales con las que ejemplificamos, un campo opinable, dudoso o pantanoso, en el cual la conducta del deudor puede haber sido “equivocada” sin que ello, *per se*, configure culpa del profesional.

³⁸¹ Conf. COMPIANI, María Fabiana y STIGLITZ, Rubén S., *art. cit.*, págs. 205 y s.s. Recordemos el caso fallado por la Corte de Casación francesa, Cámara de Admisión, de 1862 citado páginas atrás. Allí se determinó, justamente, que los médicos estaban sometidos a las reglas ordinarias de la responsabilidad civil, como todos los ciudadanos. Pero algunos partidarios de la culpa profesional (culpa *lata*) pretendieron ver en esa resolución la consagración de su teoría. Precisamente pensaron que los jueces no debían inmiscuirse en cuestiones médicas y “pretender discutir sobre cuestiones de pura ciencia”, tal como decía la Corte. Pero, como dijimos, si se mira bien ese fallo -y cuantos siguieron por esa senda- lo que quisieron decir es simplemente que el médico no está sometido a ninguna regla excepcional, y que su culpa debe en todo caso acreditarse con certeza. En aquella época no era común recurrir a peritos, pero en la actualidad normalmente será un dictamen pericial el que ilustre sobre ese crucial punto, sin que el mismo obligue al juez -quien tiene libertad de apreciación-. En definitiva, dicha sentencia sienta la regla que “los médicos siguen sometidos al derecho común, como todos los demás ciudadanos”. De hecho, este mismo principio es reiterado el 20 de mayo de 1936 por la Cámara Civil de la Corte de Casación, sentencia que además de consagrar por primera vez la responsabilidad contractual de los médicos vino a condenar, implícitamente, pero en forma contundente, la necesidad de acreditar una culpa *lata* para condenar al profesional de la medicina. Y a partir de entonces, todas las jurisdicciones inferiores siguieron esos principios: suficiencia de la culpa “leve” para condenar a los médicos; y responsabilidad contractual de los mismos. Ver, por todos, MAZEAUD, Henri y Léon – TUNC, André, *ob. cit.*, n° 510, págs. 168 y s.s.

³⁸² Conf. BIELSA, Rafael, “La abogacía”, *ob. cit.*, pág. 262. Es dable destacar que tal autor sostenía tamaña afirmación en la década del 1960. Por otro lado, cierta doctrina entiende aún hoy hacer responsables a los magistrados judiciales sólo ante casos donde se compruebe su conducta dolosa, o al menos su culpa grave, creando una suerte de privilegio a favor de los jueces que en los tiempos que corren no tiene razón de existir.

³⁸³ Entre otros tantos autores -además de los ya citados- también comulgan con este parecer BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, “Naturaleza de la relación entre abogado y cliente”, *cit.*, pág. 138 y “La responsabilidad del abogado frente al cliente en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *cit.*, págs. 187 y s.s.; COMPIANI, María Fabiana y STIGLITZ, Rubén S., *art. cit.*, págs. 205 y s.s.; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L, “La responsabilidad profesional del abogado..”, *cit.*, págs. 480 y s.s.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, pág. 711; LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1997, pág. 457 y s.s.; STIGLITZ, Rubén S., “Seguro contra la responsabilidad civil profesional” en *Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosses Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, pág. 96. En este mismo sentido, el 2º Congreso Internacional de Derecho de Daños, realizado en junio de 1991, la Comisión 2ª concluyó que “La culpa profesional es la culpa común o corriente emanada, en lo esencial, del contenido de los arts. 512, 902 y 909 del Cód. Civ.”.

³⁸⁴ Conf. PARELLADA, *ob. cit.*, pág. 84.

Fundamental en la materia que tratamos consiste en admitir que existen sectores del quehacer profesional que deben ser tenidos como “conquistados”. Entonces, *cuando la prestación de servicios profesionales no es llevada a cabo acorde con las exigencias que determina la lex artis, estaremos en presencia de una conducta culposa*. Es que no podemos afirmar que todo el “saber” es opinable científicamente o, en el ámbito jurídico, que la decisión final depende de un tercero -el juez-, o que las leyes no son claras, que son demasiadas y hasta contradictorias, o que el cliente faltó a la verdad, etcétera. Evidentemente, sin negar que existen cuestiones dudosas o discutibles³⁸⁵, zonas oscuras aún no conquistadas -lagunas jurídicas- o novedosas, no hay que desconocer que también existen consensos doctrinarios, soluciones legales impecables y jurisprudencia firme³⁸⁶. Negar esto último da tanto como pregonar una inseguridad jurídica total, salida inadmisibles en un Estado de Derecho³⁸⁷.

En este aspecto *consideramos acertada la distinción francesa acerca de la jurisprudencia controvertida y la jurisprudencia establecida*. Con ello se pretende exigir al abogado que siga un camino seguro, si existiera, caso contrario deberá responder por los daños irrogados³⁸⁸. En tal sentido, se dijo que “El abogado no puede, por lo tanto, transformarse en una víctima de la creciente inestabilidad del derecho. El grado de falta de certeza del proceso debe ser soportado por el cliente, en la medida en que sea debidamente informado sobre la suerte de la demanda”³⁸⁹.

Es decir que el letrado no incurre en responsabilidad si “informa” debidamente a su cliente de los riesgos reales que existen en el iter prestacional. Dicho riesgo debe ser asumido por el cliente, pero debe quedar en claro que el profesional debe disminuir en la medida de

³⁸⁵ En esta línea ha resuelto Tribunal Supremo español que si la cuestión jurídica es “discutible” y por lo tanto atendible, no cabe responsabilizar al letrado en cuestión. Ver STS (Sala I), del 8 de junio de 2000 (RJ 2000, 5098). Así, dijo el Supremo, que “la presentación de la demanda en el Juzgado territorial competente, desconociendo la cláusula de sumisión de un contrato cuya nulidad se postula, es una cuestión jurídica, no sólo discutible, sino perfectamente atendible” (F. D. 5º). No obstante, cabe aclarar que el Tribunal Supremo también en otras sentencias en las cuales responsabiliza a los profesionales del Derecho hace mención a la necesidad que el abogado siga la vía más segura o el camino menos riesgoso e incluso en alguna resolución menciona específicamente al concepto de “doctrina jurisprudencial consolidada”, tal como resaltaremos en las citas que siguen a donde remitimos para evitar reiteraciones.

³⁸⁶ Con acierto se ha señalado que no existe una culpa profesional distinta a la culpa general, y que “hay culpa cuando se sale de la órbita de la opinabilidad; una conducta es imperita, negligente, cuando desconoce lo comprobado”, conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, J.A., 1993-III, pág. 711.

³⁸⁷ Ver, además, MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños, tomo VIII, Responsabilidad de los profesionales*, Rubinzal Culzoni Editores, Bs. As., 2001, págs. 527 y 528. También señaló con razón este autor, en otro trabajo, que no es verdad que todas las cuestiones denominadas “científicas” (refutando justamente a quienes proclaman la irresponsabilidad del profesional por errores “científicos”) sean opinables, puesto que en el saber jurídico existen criterios ganados o “conquistados”, que tienen consenso o adhesión mayoritaria. Desconocerlos, ignorarlos, actuar como si no existieran, implica incurrir en responsabilidad, conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Las dificultades de la ciencia jurídica para concluir en la responsabilidad de quienes ejercen profesiones vinculadas a ella”, *art. cit.*, pág. 19.

³⁸⁸ Si no existe en la especie una solución clara, en principio no será válido atribuir al letrado la falta de consecución del resultado esperado por el cliente. Cierta jurisprudencia habla de vía elegida “opinable” y estamos de acuerdo con no responsabilizar al abogado si en el caso no existía una salida o solución segura. Además, debe informar de ello al cliente -de la probabilidad de no triunfar debido a la existencia de opiniones encontradas en el asunto que se trate-. En este sentido se ha resuelto que “A fin de valorar la existencia de un incumplimiento por parte del letrado, debe tenerse en cuenta que en la actividad profesional del derecho no siempre existen soluciones claras y únicas razón por la cual, cuando la vía elegida por el abogado es opinable debe descartarse la presencia de culpa o negligencia”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 13-12-2006, “Fainbarg, Jorge O. c/C., E. A.”, *La Ley* del 28/03/2007, 6, con nota de Félix A. Trigo Represas, fallo recopilado por PREVOT, Juan Manuel, *Manuales de jurisprudencia. Daños y Perjuicios. Parte especial*, La Ley, Buenos Aires, 2008, n° 2015, pág. 453.

³⁸⁹ SIEBENEICHLER DE ANDRADE, Fabio, “La responsabilidad civil de los abogados: la culpa y causas de exclusión”, en *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, Carlos A. Gherzi (Coordinador), 2ª ed. renovada y ampliada, Hammurabi, Bs. As., 2000, pág. 397. Con un parecer semejante se ha señalado que “la jurisprudencia parece pacífica al afirmar que el profesional no responde por haberse inclinado por una de las opiniones idóneas en el conflicto, aún minoritaria, y que basta con que hubiese sido discutible u opinable el procedimiento elegido, para que quede descartada toda idea de culpa o negligencia por parte del profesional que se inclinó por uno de los sistemas posibles”, WIERZBA, Sandra M., “Responsabilidad civil del abogado por prescripción de la acción intentada”, *RCyS*, 2007, págs. 598 y s.s. En el comentario que realiza la mentada autora concluye diciendo que queda claro que la orientación por una postura doctrinaria en minoría no puede justificar una reparación a cargo del letrado, pero sí lo justifica la demora en el inicio de una demanda, o la elección de un curso riesgoso, sin el previo consentimiento informado de su cliente, cuando éstos derivan en daños padecidos por el cliente. Coincidimos con este pensamiento.

lo posible tal alea, siguiendo, como sostenemos, el camino más seguro posible, la solución menos arriesgada para el cliente³⁹⁰.

Tampoco será responsable el abogado que pretenda cambiar o modificar alguna posición que no favorezca a los intereses de su cliente -vg. al recurrir-, siempre que su conducta haya supuesto una “buena” praxis, claro está; o que se maneje con material inédito o novedoso³⁹¹; que transite caminos sin huella alguna o con fronteras no delimitadas; cuando exista un riesgo anormal en su prestación -siempre y cuando, insistimos en ello, *informe* debidamente a su cliente de la aleatoriedad que envuelve su particular labor-; o, en fin, no será responsable si ha adoptado una vía de actuación jurídico-profesional “racional”³⁹², más allá del resultado arribado.

Ahora bien, volviendo a esa distinción francesa, la cuestión de cuándo habrá jurisprudencia firme, consolidada o establecida, es un tema que dependerá de cada caso singular en donde la profesión sea ejercida. Es decir que está sujeto a lo establecido en el país -o provincia, región, etc.- en el cual el abogado esté matriculado y realice su prestación. Supeditado, por lo tanto, a lo determinado en cada ordenamiento jurídico en particular.

En Argentina, por ejemplo, es de suma importancia estar al tanto de lo decidido en el ámbito local por las Cortes Provinciales o Tribunales Superiores de Justicia cuando fijan las “doctrinas legales” aplicables a las cuestiones jurídicas dudosas -*quaestio iuris*- sometidas a su decisión por medio de los recursos de casación; siendo también relevantes los fallos plenarios -dictados por las Cámaras de Apelaciones “en pleno”- y los de la Cámara Nacional de Casación en materia criminal; y, por supuesto, lo decidido por el más alto Tribunal de Justicia en el orden nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

También debe estarse al tanto, en algunos supuestos que cada día son más frecuentes (aquellos en los que están en juego derechos y garantías fundamentales, como el proceso justo), al “control extrafronteras”, a su empalme transnacional con la Corte Interamericana de Justicia (Pacto de San José de Costa Rica). Además, se ha señalado que el letrado deberá estar informado de las líneas jurisprudenciales de los Tribunales transnacionales de Estrasburgo (Francia) y Luxemburgo en asuntos de Derechos Humanos. Es decir que el “Derecho de Gentes y aun el Derecho consuetudinario ingresaron a la red jurídica que opera desde dichopais”³⁹³. Máxime todo ello si tenemos presente que el nuevo Código argentino sigue el criterio denominado como “diálogo de fuentes”, a la hora de la interpretación o juzgamiento que debe realizar el juez (conf. arts. 1, 2 y 3 del nuevo CCC).

³⁹⁰ Puede verse en el Derecho español el trabajo de ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, “La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores”, en *La responsabilidad civil profesional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pág. 37 e igualmente el artículo CERVERA MARTÍNEZ, Marta, “Responsabilidad civil del abogado”, publicado en *RCyS*, 2006, págs. 340 y s.s.; quienes también subrayan la necesidad para el abogado de adoptar la solución menos arriesgada para los intereses de su cliente y nos citan sentencias del Tribunal Supremo y de otros tribunales donde se resaltó dicha conclusión. También puede observarse el comentario que realiza GARCÍA VARELA, Román, “La conducta desidiosa del abogado y la responsabilidad civil”, en *La Ley (España)*, D-324, pág. 2265, diario 4692 de 14 de diciembre de 1998. En dicha nota se comenta la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8587 y *La Ley*, 1998, 9913) en la cual se resalta que una mínima cautela profesional obligaba al letrado a partir de la posición más desfavorable a su cliente (respecto del plazo de prescripción para obtener el pago frente al Fondo de Garantía Salarial, FOGASA); es decir que estaba obligado a actuar de inmediato para que los clientes no estuvieran expuestos a los avatares de las distintas interpretaciones. En definitiva, allí el Supremo estima el recurso de casación y condena al abogado al pago a sus clientes (ex clientes) de cuanto debieran de haber obtenido del FOGASA.

³⁹¹ Materias novedosas, o que en algún momento lo fueron, tales como la usucapión más corta, la ampliación de la legitimación, la doctrina de la arbitrariedad de las sentencias, la revisión de la cosa juzgada, el *per saltum* de instancia, el principio del sacrificio compartido, la casación sobre los hechos, etc.; pues en todas ellas el abogado fue la pieza clave. Él es, en palabras del autor que seguimos, el “soldado desconocido de la jurisprudencia”, que a su riesgo y costo mueve las piezas e instala el nuevo punto de vista. No debe ser sancionado por ello, aumentando su responsabilidad cuando justamente el Derecho avanza por su intermediación, debiéndose apreciar con prudencia su conducta cuando estemos frente a un caso en el cual el abogado ha actuado como custodio activo e impulsor de la evolución del Derecho, conf. MORELLO, Augusto M., “La responsabilidad civil del abogado. Perspectivas modernas desde la óptica procesal”, *art. cit.*, págs. 36 y 37.

³⁹² Puede ejemplificarse, en este sentido, con la STS (Sala I) del 16 de junio de 2004 (RJ 2004, 3612), en la cual se declara la inexistencia de la responsabilidad civil del abogado, estimando que entra en su cometido profesional, “optar entre vías de actuación racionales” y en la especie no se apreció ninguna negligencia profesional de la que deriven daños.

³⁹³ MORELLO, Augusto M., “La responsabilidad civil del abogado. Perspectivas modernas desde la óptica procesal”, *cit.*, pág. 35.

En Brasil, en lo referido al ámbito local, el profesional del Derecho “debe tener en cuenta si la materia fue o no expuesta a plenario. A pesar de que se sepa que el plenario no vincula obligatoriamente a los jueces, el hecho es que él posee un fuerte componente unificador. En el momento en que el tribunal dicta un plenario, *consolidando*, por lo tanto, sus decisiones, cesa para el abogado la posibilidad de eximirse de la responsabilidad”³⁹⁴. Por supuesto que también debe tenerse presente aquel “control extrafronteras” que recién mencionáramos, el empalme transnacional de su Derecho vernáculo.

En España debe estarse al corriente de lo decidido por el Tribunal Supremo de Justicia y por el Tribunal Constitucional, amén de los Tribunales Superiores con competencia en las comunidades autónomas y de las Audiencias Provinciales³⁹⁵. En Francia³⁹⁶ e Italia no puede un abogado desconocer lo fallado por la Corte de Casación respectiva, incluso si no está habilitado para litigar en tal instancia extraordinaria. También es importante estar al tanto de lo resuelto por el Tribunal Constitucional y en todos los países europeos no se puede desconocer, por supuesto, la posición de los Tribunales Europeos e Internacionales de Justicia.

En definitiva, *nuestra postura consiste en afirmar que no es necesario probar una culpa grave o una conducta dolosa del profesional del Derecho para hacerle responder de sus actos. Basta, pues, que la culpa sea leve*. En tal sentido se ha resuelto que no existe un concepto de culpa profesional diferente del que se describía en el artículo 512 del Código Civil argentino³⁹⁷ (hoy art. 1724 del nuevo Código Civil y Comercial) y que para que funcione la responsabilidad profesional no resulta necesario que exista culpa grave, “bastando que se demuestre que la culpa existe, y que media relación de causalidad entre tal conducta y el daño producido”³⁹⁸.

Específicamente en el Derecho argentino se ha señalado que al no haber seguido Vélez Sársfield la doctrina de la graduación de las culpas, salvo supuestos excepcionales, *el profesional debe responder como cualquier otra persona, esto es por culpa leve*³⁹⁹. En efecto, el artículo 512 del Código Civil argentino, recientemente derogado, señalaba que “*La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias*

³⁹⁴ Conf. SIEBENEICHLER DE ANDRADE, Fabio, “La responsabilidad civil de los abogados: la culpa y causas de exclusión”, en *Los nuevos daños*, *cit.*, pág. 398. La cursiva es nuestra.

³⁹⁵ El Tribunal Supremo español expresamente hace referencia a la “doctrina jurisprudencial consolidada” para imputar responsabilidad al letrado en la sentencia 334/2003, del 8 de abril de ese año (RJ 2003, 2956). En efecto, en dicha resolución los actores -ex clientes- alegaron que su abogado no propuso en el procedimiento contencioso-administrativo la realización de una prueba pericial contradictoria al amparo de los arts. 610 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, vigente entonces. Dicha prueba resulta, según jurisprudencia firme, exigible a los efectos de desvirtuar la presunción de veracidad que tienen las resoluciones de los Jurados Provinciales de Expropiación. Pues el profesional del Derecho, en dicho caso, obvio tal pericia y sólo aportó, vía documental, un dictamen elaborado extrajudicialmente, sin intervención de la contraparte y, por ello, de escaso valor probatorio. En la sentencia mentada, se concluyó que tal conducta violaba la *lex artis*, en tanto que patrón de comportamiento en el ámbito profesional de la abogacía, y que “existía una *doctrina jurisprudencial consolidada* respecto a la escasa trascendencia que podía concederse a dicha prueba pseudopericial”, con referencia al dictamen extrajudicial que aportó el letrado. En definitiva, el Tribunal Supremo condena al abogado a la suma de tres millones de pesetas puesto que la omisión de dicha prueba privó a los expropiados de la oportunidad de obtener una sentencia favorable. Ver el comentario que realiza JEREZ CALDERÓN, José Joaquín, “La responsabilidad civil del abogado por negligencia en la proposición de prueba: comentario a la sentencia de la Sala primera de lo civil del Tribunal Supremo número 334/2003, de 8 de abril de 2003”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2003, Nº 1-3, págs. 501 y s.s. La cursiva nos pertenece.

³⁹⁶ En Francia debe estarse al tanto, por lo menos, de lo que decide la *Cour de Cassation* con competencia nacional y la *Cour d’Apeel*, cuya competencia es, lógicamente, de menor alcance -vg. la C.A. de París, Lyon, Rennes, Reims, Bordeaux, etc.-.

³⁹⁷ C.N.Fed. C.C., Sala III, 21-10-2004, “Viñas de Ortiz, María C. y otros c/Instituto de Servicios Sociales Bancarios”, caso citado por BARBADO, Patricia Viviana, “La culpa. Jurisprudencia Nacional”, *Revista de Derecho de Daños*, 2009-1, *La culpa -I*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, pág. 309.

³⁹⁸ C.N.Fed. C.C., Sala I, 27-08-1996, “Ferraro, Luis G. c/Universidad Nacional de Buenos Aires y otro”, juicio citado por BARBADO, Patricia Viviana, “La culpa. Jurisprudencia Nacional”, *cit.*, pág. 309.

³⁹⁹ BUERES, Alberto J., “La culpa profesional”, *cit.*, págs. 89 y s.s.; BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, “Naturalaleza de la relación entre abogado y cliente”, *cit.*, pág. 138, nota 34; COMPIANI, María Fabiana y STIGLITZ, Rubén S., “De algunas responsabilidades profesionales y su cobertura asegurativa”, *cit.*, págs. 205 y s.s.; Ver, también, LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, Tomo I, *cit.*, págs. 452 y s.s.; TOBIÁS, José W., “En torno a la responsabilidad civil de los médicos”, *El Derecho*, 84, pág. 830; PADILLA, Rodrigo, *Visión crítica...*, *cit.*, págs. 37 y s.s. y *Curso de Responsabilidad civil...cit.*, págs. 41 y s.s.

*que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*⁴⁰⁰.

Este “concepto” fue seguido en forma casi literal y en versión mejorada por el Código español en su artículo 1104, primera parte, amén de su recepción en otras codificaciones como ser el Código de Cuba de 1889 (art. 1104), el filipino (art. 1173), puertorriqueño (art. 1057), y el de Perú de 1984 (art. 1320)⁴⁰¹. Por cierto que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina también sigue este criterio al expresar en el artículo 1724, en su primera parte, que “*La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar*”⁴⁰².

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar una importante corriente doctrinal italiana que manifiesta que su Código Civil sólo exige a los profesionales que obren acorde a sus principios propios, sin caer en culpas graves, errores groseros o comportamientos dolosos. Para ello se apoyan en el artículo 2236 que dice lo siguiente “*Responsabilità del*

⁴⁰⁰ Es muy interesante la nota al artículo 512 que realiza el gran codificador argentino del siglo XIX. En ésta expresa: “Las leyes de Partida reconocen tres especies de culpas: grave, leve y levísima. El Derecho Romano no reconocía en verdad sino las dos primeras... El tipo que se tomaba para la graduación de las culpas era el buen padre de familia, más o menos diligente. Pero toda esta ciencia de nada servía al juez, cuando en los juicios era preciso aplicarla. Barbeyrac lo había juzgado así y decía: ‘La división de las culpas es más ingeniosa que útil en la práctica, pues a pesar de ella, será necesario a cada culpa que ocurra, poner en claro si la obligación del deudor es más o menos estricta, cuál es el interés de las partes, cuál ha sido su intención al obligarse, cuáles son las circunstancias todas del caso. Cuando la conciencia del juez se halle convenientemente ilustrada sobre estos puntos, no son necesarias reglas generales para fallar conforme a la equidad. La teoría de la división de las culpas en diferentes clases, sin poder determinarlas, sólo sirve para derramar una luz falsa y dar pábulo a innumerables contestaciones’”. Continúa Vélez Sársfield su nota citando a Zacharie, quien manifestaba que “La teoría de la prestación de las culpas es una de las más oscuras en el derecho. Pero, en fin, ya no es permitido hablar de culpa lata, ni de culpa leve, ni de culpa levísima”. Cabe aclarar que nuestro magnífico codificador en realidad cuando citó a Barbeyrac se estaba refiriendo a Bigot de Prémeneu. De hecho, se refiere a la Exposición de motivos dada en Sesión del 7 de pluvioso del año XII. Allí continúa Bigot-Prémeneu (y no Prémeneu, como algunos citan; menos Barbeyrac como decía Vélez) diciendo “Que se ha decidido así que quien esté obligado a velar por la conservación de una cosa, debe prodigarle todos los cuidados de un buen padre de familia...”; conf. MAZEAUD, Henri y Léon – TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. 1ero, vol. 1, *cit.*, n° 51, pág. 69. Claro que este agregado del *bonus pater familias* fue omitido por Vélez por razones obvias. Sin dar mayores detalles, la confusión incurrida por el codificador argentino también fue resaltada por BUERES, Alberto José, *La responsabilidad civil de los médicos*, 1ª ed., Ediciones Ábaco, Bs. As., 1979, pág. 168; PARELLADA, Carlos A., *ob. cit.*, pág. 81, nota 38; y TRIGO PREPRESAS, Félix A., “La noción clásica de culpa. Domat. Código Civil francés...”, *cit.*, pág. 43, entre otros. Por último, es necesario ilustrar, brevemente, de qué trata esta teoría de prestación o graduación de las culpas. A grandes rasgos se afirmaba que si un contrato brindaba utilidad a ambas partes, el deudor debía comportarse como un buen padre de familia *-in abstracto-* respondiendo por culpa “leve”; en cambio si el contrato proporcionaba beneficios solamente al acreedor, el deudor debía responder ante caso de culpa “grave”, es decir que su comportamiento debía hacerse con el patrón de un padre de familia menos diligente; por el contrario, si del contrato solo resultaba utilidad para el deudor, éste debía de comportarse como un excelente padre de familia, respondiendo incluso frente a casos de culpa “levísima”. Como observamos se mezclan ciertas cuestiones, como el grado de diligencia con sus modelos comparativos, la utilidad resultante de diversos contratos y la renegada clasificación de grados de culpas. Algunos romanistas como Carlos Mayns y Eugenio Petit -y el conocido abogado parisino Le Brun- aseguraban que en verdad en el Derecho romano no se conocían los tres grados de culpas, obedeciendo la creación de la sub-clasificación de la culpa levísima al espíritu crítico de los glosadores, quienes tomaron el pasaje tan conocido del Digesto *in lege aquilia et culpa levissima venit*. También en el antiguo Derecho francés hubo disputas. Domat no tomó partido por la clasificación tripartita, a diferencia de Pothier quien sí la abrazó. En general se entiende que el Código napoleónico siguió en este punto a Domat (art. 1137). Pero también se aclara que en dicho Código -al igual que el argentino (sea el nuevo, sea el de Vélez) y el español, entre muchos más- si bien se rechaza en general esta clasificación tripartita, sí la tienen en consideración en algunos contratos en particular. Como vemos nos movemos en arena movediza. De hecho, la mentada clasificación también se extrapoló el ámbito profesional, como citamos en el texto más adelante siguiendo a Bártolo. Además, en fin, muchos glosadores multiplicaron las sub-clasificaciones de culpas que incluso llegaron hasta siete especies distintas, ya incluyendo la conducta dolosa. Como se observa la cuestión da para mucho, pero aquí nos debemos detener.

⁴⁰¹ TRIGO PREPRESAS, Félix A., “La noción clásica de culpa...”, *art. cit.*, pág. 43.

⁴⁰² En el fondo ambas disposiciones -las del Código de Vélez y la del nuevo Código- son similares. Las diferencias son meramente formales y gramaticales. Por ejemplo, el nuevo Código no hace mención a la culpa en el cumplimiento de la “obligación”, como sí lo hacía Vélez Sársfield pues trataba sobre la culpa precisamente en el ámbito obligacional. Ahora, como la tendencia pasa acertadamente por unificar ambos regímenes responsabilizantes, no hace falta mencionar a la culpa “obligacional” (o contractual) para diferenciarla de la extracontractual (delitos/ cuasidelitos). No obstante ser única la culpa, en el nuevo Código ni siquiera se plantea esa disputa, pues los sistemas de responsabilidad lucen fundidos, unificados, a pesar de quedar aún vigentes algunas diferencias, tal como lo pusimos de resalto varias veces. Por otro lado, es correcto hablar de “diligencia” (pericia, cuidados) y no de “diligencias” (tramitaciones). En fin, también se elimina el “correspondiesen” que en todo caso debiera de ser “correspondiera” como expresa el Código Español. En lo demás, en lo sustancial, las “definiciones” lucen idénticas.

prestatore d'opera. Si la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave"⁴⁰³. Por cierto que dicho artículo ha sido reproducido, con alguna variante, por el Código Civil peruano⁴⁰⁴.

Por nuestra parte pensamos que lo allí predicado es distinto de lo que muchos autores sostienen, puesto que participamos de la idea que ese artículo en especial sólo trata de aquellas situaciones que implican una *complejidad extrema* no siendo, entonces, el mismo aplicable al quehacer profesional en "general" -o normal, regular u ordinario- que se regularía por los lineamientos fijados en ese cuerpo legal en su artículo 1176 que no contempla ningún trato especial a los deudores profesionales⁴⁰⁵.

La misma literalidad de la norma nos autoriza semejante afirmación. En efecto, legalmente se contempla únicamente el caso del profesional atendiendo un "problema técnico de especial dificultad". En tal hipótesis, y en razón de no "disuadir" esas actividades frenando el avance científico -y, acaso, originando muertes por omisiones profesionales en el campo médico-, se aclara que sólo responderá civilmente el deudor profesional si ejecutare -o dejase de ejecutar- la prestación suya por culpa grave o dolo. Por lo tanto, tal disposición no puede ser jamás tenida como parámetro general, ya que fuera de este supuesto especial, el profesional responde "normalmente"; esto es por culpa leve, amén del dolo o culpa grave en la que pueda incurrir en el cumplimiento -o incumplimiento- de la prestación.

De todas formas, creemos que lo ideal hubiese sido que no exista tal norma, pues el profesional no debe responder únicamente en caso de defectos groseros -culpa grave- u obrar intencional -dolo-, ni siquiera en situaciones especiales, sino que hay que enjuiciarlo en todas aquellas ocasiones en las que se compruebe su actuar imperito acorde a los cánones de exigencias previstos en su respectiva materia. En cambio, y esto es distinto, sí debe meritarse su comportamiento también teniendo presente las circunstancias -de personas, tiempo y lugar- y la naturaleza misma de la obligación. Lo que nos daría por resultado que el juez también debe considerar la dificultad técnica especial que pueda presentar la prestación y ha de tenerla en cuenta cuando compare la conducta profesional obrada con la debida.

Distinta es, por cierto, la autorizada opinión de VISINTINI, quien luego de criticar la formulación del artículo 2236 del Código italiano, entiende que si bien "parece" que tal disposición establece un atenuante en la responsabilidad profesional, "esto no es tan así, porque la norma habla de problemas técnicos, y por lo tanto, la culpa a la que alude es solamente la profesional, que consiste en la violación de las reglas técnicas y en la falta de determinados conocimientos"⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Este artículo se encuentra dentro del *Capo II "Delle professioni intellettuali", Titolo III "Del lavoro autonomo", del Libro quinto "Del lavoro", del Codice Civile de 1942*. Enseña Marcella Fortino que la interpretación "literal" del artículo lleva a resultados absurdos. En efecto, parecería que el Código determina que a mayor dificultad, el profesional podría poner menos diligencia. Coincidimos con tal parecer: un absurdo. Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Daños causados por abogados y procuradores", *J.A.*, 1993-III, pág. 712.

⁴⁰⁴ En efecto, reza el artículo 1762 del Código peruano que "Si la prestación del servicio 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". Como salta a la vista es aún más criticable la fórmula empleada por el codificador peruano, pues no trata sólo de los problemas técnicos de especial dificultad, sino simplemente de la solución de "asuntos profesionales", lo que a nuestro entender es como abrazar al comportamiento global del profesional. Es decir, implica tanto como sostener que solamente cuando el profesional obre con dolo o culpa grave, será responsable. Por otro lado, la normativa italiana se refiere a la culpa grave y la latinoamericana a la culpa "inexcusable", meras diferencias semánticas -y no conceptuales- que pueden entenderse en armónica sinonimia.

⁴⁰⁵ Por su parte Fortino entiende que la "especial dificultad técnica" no actúa determinando una atenuación de la responsabilidad en base a la *diligencia*, sino que opera sobre la *pericia*, y ésta no puede ser fijada abstractamente, *a priori*. Es decir que "la especial dificultad técnica, que se traduce en una más intensa aleatoriedad del resultado, exigiría una pericia superior y, en consecuencia, no es exigible sino bajo ciertas circunstancias"; y ello "no determina ninguna alteración en la noción de culpa ni de incumplimiento, sino en que ella sólo es exigible de acuerdo a las circunstancias de persona, tiempo y lugar", según nos refiere KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Daños causados por abogados y procuradores", *J.A.*, 1993-III, pág. 712. Es decir que por otro sendero del que sostenemos en el texto, también se llega al mismo destino: esto es que siempre el profesional deberá responder por negligencia o impericia -culpa leve-, debiéndose evaluar en su prestación todos los condicionantes posibles -incluida la especial dificultad técnica-, tal como se determina la culpa de cualquier persona.

⁴⁰⁶ Conf. VISINTINI, Giovanna, *Tratado de la responsabilidad civil, tomo I, La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad*, Traducción de Aída Kemelmajer de Carlucci, Astrea, Bs. As., 1999, págs.

En todo caso no se nos presenta como coherente la posición de la prestigiosa autora italiana, puesto que después de afirmar que el profesional de ordinario está sujeto a la regla general contenida en el artículo 1176 de ese cuerpo legal -ergo el artículo 2236 solamente contemplaría los casos donde “están en juego problemas de especial dificultad, incertidumbre científica en la solución o profesionalidad altamente especializada”⁴⁰⁷-, concluye aseverando que la Corte Constitucional a partir del año 1973 sentó la especialidad de la noción de “impericia” con lo que “acoge el principio de la graduación de la culpa en el campo técnico profesional”⁴⁰⁸, olvidándose por completo de la premisa de la que partía su análisis, puesto que en el desarrollo de su doctrina no se vuelve a mencionar que “solamente para los casos de especial dificultad” era de aplicación el “supuesto” atenuante de responsabilidad y no para todos aquellos en los que esté presente una cuestión técnica.

Por nuestra parte pensamos junto a BONVICINI e YZQUIERDO TOLSADA que es inaceptable predicar la existencia de una *culpa profesional* con rasgos propios, como concepto autónomo, sino que lo real es la “culpa *del* profesional como manifestación de la culpa ordinaria en el desenvolvimiento de las actividades profesionales”⁴⁰⁹.

Por otro lado, se ha señalado que es el profesional quien debe probar que se encuentra ante un problema técnico de especial dificultad y quien debe evaluar si posee o no la pericia necesaria para el asunto que se le encomienda. Ahora bien, “una vez asumido el encargo, que presupone la existencia de la pericia, se responde de la negligencia y de la impericia, del mismo modo que cualquier otro profesional”⁴¹⁰.

Además, como veremos más adelante, así como no participamos de la dualidad relativa a la culpa profesional/culpa común, tampoco entendemos que puedan existir “errores materiales” distintos de los “errores técnicos” dentro del terreno profesional, lógico, lo que determina, en nuestra concepción, que toda culpa en el ámbito profesional constituya técnicamente *impericia*.

Es decir que, según nuestra modesta postura, bastaba con la regla general específica para profesionales que aquél Código contempla en su artículo 1176⁴¹¹, siendo ocioso el distingo referenciado que sólo ha originado una viva discusión aún no terminada⁴¹².

Volviendo al sistema argentino y antes de terminar este acápite, queremos remarcar que con acierto se ha dicho que “Con relación a la *culpa del abogado*, no existen en el nuevo Código razones que impidan considerarla como una ‘culpa común’, dado que -como en el régimen anterior- no se alude a un concepto especial de culpa para calificar a la actividad profesional”⁴¹³.

271 y 272. Debe leerse con detenimiento la obra citada, sobre todo a partir de su capítulo V donde trata sobre la culpa profesional, ya que son varias las particularidades del sistema italiano que en verdad determinan que casi no exista responsabilidad civil de los abogados, sino por casos claros, como ser la perención de instancia, prescripción de la acción, no interposición de recursos, la falta de notificación en tiempo útil, y dejemos de enumerar, pues aquí no más termina nuestra lista. Por supuesto que no compartimos tal solución.

⁴⁰⁷ VISINTINI, *ob. cit.*, pág. 272.

⁴⁰⁸ *Ibidem* cita anterior, pág. 274.

⁴⁰⁹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *ob. cit.*, pág. 357 quien participa de la opinión de BONVICINI, *La responsabilità civile*, T II, Milano, pág. 747. La cursiva es nuestra.

⁴¹⁰ Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, pág. 712.

⁴¹¹ Esta regla se encuentra en el *Libro Quarto Delle obbligazioni, Titolo I Delle Obbligazioni in generale, Capo II Dell’adempimento delle obbligazioni, Sezione I, Dell’adempimento in generale*, que reza de esta forma: “Diligenza nell’adempimento. Nell’adempiere l’obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell’adempimento delle obbligazioni inerenti all’esercizio di un’attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell’attività esercitata”.

⁴¹² Ver, en el Derecho argentino: GOLDENBERG, Isidoro H., *Indemnización por daños y perjuicios. Nuevos perfiles desde la óptica de la reparación*, Hammurabi, Bs. As., 1993, págs. 233 y s.s.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, pág. 712; LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1997, pág. 467; Y en el Derecho español: SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La Responsabilidad Civil...*, *ob. cit.*, págs. 109 y s.s., en especial págs. 120 y s.s., quien analiza el precepto estudiado, el artículo 2236 del Código Civil de Italia de 1942 -más otros del sistema italiano, vg. 1176- en relación con el artículo 1104, primera y segunda parte, del Código Civil español.

⁴¹³ Conf. BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, “La responsabilidad del abogado frente al cliente en el nuevo Código...”, *cit.*, pág. 208.

Concluyendo: *no hay principios justificativos que permitan hablar de una culpa profesional distinta de la culpa común*⁴¹⁴. *El profesional ha de responder civilmente cuando incurra en un defecto en el cumplimiento de la prestación exigible, teniendo siempre presente las condiciones de personas, tiempo y lugar, además de la naturaleza misma de la obligación, claro está. Y responde por culpa leve, amén de la grave y del dolo, al igual que cualquier indocto*⁴¹⁵.

2.3. ¿Responde el profesional del Derecho por culpa levísima? El modelo de conducta aplicable al abogado.

Nos preguntamos también si responde el profesional, específicamente el abogado o procurador, por incurrir en culpa levísima⁴¹⁶. Para contestar adecuadamente debemos hacer un breve análisis.

Como premisa debemos remarcar que este tema tiene íntima relación con la teoría de la prestación -o graduación- de culpas. En efecto, así como había tres grados de culpa (grave, leve y levísima), las que se definían a su vez por tres diferentes graduaciones del modelo (tomados del general *bonus pater familias*) de diligencia (hombres comunes, diligentes y diligentísimos), se reprodujeron en cuanto al profesional o artífice los mismos criterios. “Así Bártolo distingue entre ‘quod communiter sciunt omnes’ como paradigma del cual se predica la culpa lata, ‘quod sciunt excellentes artifices’, paradigma de la culpa leve y finalmente ‘quod sciunt tantum excellentissimi’, que lo es de la culpa levísima”⁴¹⁷.

Además, hemos resaltado más de una vez que los profesionales durante mucho tiempo fueron unos “privilegiados”, al no estar sujetos a los tribunales civiles para rendir cuentas de sus actos. Sin embargo, estas ideas fueron perdiendo vigencia con el transcurso del tiempo y hoy tenemos como regla indiscutible el hecho de no consagrar zonas o actividades -incluidas las realizadas por profesionales “liberales”- inmunes a los principios genéricos del deber de resarcir. Pero esta regla ha de imperar con sus justos límites.

En efecto, es nuestra “obligación moral” evitar las famosas industrias del juicio, tal como la ocurrida con la mala praxis médica, sobre todo en países del sistema del *Common Law*, como ser E.E.U.U.

⁴¹⁴ En el Derecho francés, los hermanos MAZEAUD, entre tantos otros, concluyen que “la responsabilidad de los médicos, cirujanos, etcétera, obedece a las reglas generales. Desde el momento que el juez puede dar por probada con certeza una culpa cometida por el médico, sea cual sea la naturaleza de esa culpa: profesional o no; sea cual sea su gravedad: leve o lata, debe obligarle al autor de esa culpa a reparar las consecuencias de la misma”, y respecto de los abogados, también dicen con claridad que “están sometidos al derecho común de la responsabilidad: responsabilidad delictual y cuasidelictual en relación con los terceros: contractual para con sus clientes, sin que haya que distinguir según que la culpa cometida sea profesional o no. Es decir que no se podría suscitar la cuestión de exigir del abogado una culpa lata o una culpa voluntaria”; conf. MAZEAUD, Henri y Léon – TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. 1ero, vol. 1, *ob. cit.*, n° 66 y s.s., págs. 86 y s.s.; y t. 1ero, vol. 2, n° 511, pág. 171 y n° 515, pág. 190, respectivamente.

⁴¹⁵ GOLDENBERG cita en su trabajo un memorable fallo que data del año 1938, emanado de la vieja Cámara Civil 1ª de la Capital Argentina, voto del Dr. Barraquero, en el que “se declaró que la responsabilidad profesional no cabe limitarla a los casos de culpa grave, evidentísima o inexcusable, ya que las disposiciones contenidas en los arts. 511, 1109 y otros, no admiten gradaciones de culpa, conforme lo destacara el Codificador en la recordada nota puesta al pie del art. 512 del Código”, ver: GOLDENBERG, Isidoro H., *ob. cit.*, pág. 235. En contra, MAYO, Jorge A., “La responsabilidad del abogado en tres fallos recientes”, en *RCyS*, 2005, pág. 439 y s.s.; *DJ* 2005-2, págs. 711 y s.s., quien formula una observación crítica sobre la orientación general, constatable tanto en la doctrina cuanto en la jurisprudencia, cuando en el tratamiento de la responsabilidad civil del abogado “se estima la culpa del profesional del derecho dentro de los cánones generales del art. 512 del Cód. Civil, precisando que no es diferente a la de cualquiera, transformando a la organización profesional en una empresa responsable de los infortunios del trabajador o en una empresa de producción de bienes de consumo; y al abogado singular en un automovilista o en un productor de fármacos o maquinarias”. Claro que no compartimos dicha afirmación. No entendemos cómo puede afirmar que justamente por encasillar a la responsabilidad del letrado en el molde clásico de la culpa (principalmente en el art. 512 -hoy 1724-, pero con alguna injerencia del 902 y del 909 del Código Civil -hoy 1725-), equivalga a hacerle responder objetivamente (al menos así son sus metáforas desafortunadas).

⁴¹⁶ Ya señalamos en otras citas que en puridad los romanos no conocían esta trilogía en materia de graduación de culpas en grave, leve y *levísima*. Esta última categoría solo fue nombrada en el Digesto (*in lege aquilia et culpa levissima venit*) pero no fue verdaderamente conocida y aplicada por los romanos. Su difusión y categorización proviene de la pluma de los glosadores. Al respecto puede verse la riquísima nota que realiza al art. 512 el Codificador argentino -con las aclaraciones que hicimos varias veces-.

⁴¹⁷ BADOSA COLL, Ferrán, “La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil”, *Studia Albornotiana* dirigidos por Evelio Verdera y Tuells, N° LI, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pág. 129.

Por cierto que no son pocas las *consecuencias nocivas que produce la extensión excesiva de la responsabilidad civil*. Por ejemplo, ello generará, entre otros efectos, un aumento en el precio de los servicios; la desincentivación de actividades socialmente útiles y beneficiosas; la proliferación de reclamaciones infundadas con el incremento de los pertinentes costes administrativos; la multiplicación de conductas negligentes de los consumidores, usuarios, pacientes o clientes, quienes sabrán que sus posibles “perjuicios” estarán, *a priori*, cubiertos. Además de todo ello, otro efecto pernicioso es el referido al *seguro*, mas bien a la falta del mismo (la “crisis” del seguro), pues muchas compañías aseguradoras se niegan a prestar cobertura a ciertas actividades o aumentan sensiblemente el importe de las primas⁴¹⁸.

Por ello es que insistimos en que si bien *no es correcto requerir del profesional que sólo responda frente a casos de dolo o culpa grave, tampoco es acertado hacerle dar respuestas por “culpas levísimas”, y mucho menos hacerles responsables objetivamente*.

No desconocemos que los factores objetivos han ganado terreno en las últimas décadas. Ello no significa, empero, desplazar a la culpa del sistema de la responsabilidad civil. Autores de prestigio y soluciones legales modernas han puesto de resalto una suerte de retorno de este típico factor atributivo⁴¹⁹.

Además, se ha señalado que en materia de responsabilidad de profesionales liberales no es conveniente hacerles responder en forma objetiva⁴²⁰, sino en supuestos excepcionales de daños causados por el vicio o riesgo de las cosas empleadas en su ejercicio (situación relevante en el ámbito médico y nada vinculado con la mala praxis “forense”); o cuando la actividad haya sido realizada a través de una empresa profesional. Fuera de estos casos específicos siempre ha de tenerse a la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad profesional⁴²¹.

⁴¹⁸ FRADES DE LA FUENTE, Eva, *“La responsabilidad profesional frente a terceros por consejos negligentes”*, Dykinson, Madrid, 1999, págs. 17 *in fine* y 18. En el prólogo que realiza a esa obra Mariano YZQUIERDO TOLSADA también resalta estos aspectos negativos que conlleva el crecimiento desmesurado de la responsabilidad civil, recordándonos que desde hace tiempo se viene hablando de la práctica de la medicina a la defensiva *-defensive professions-* y de médicos norteamericanos que han decidido no acometer determinadas intervenciones, o que han dejado de ejercer alguna especialidad quirúrgica por no estar amparados por compañías de seguros que cubran sus eventuales malas prácticas.

⁴¹⁹ En este orden de ideas, el Proyecto de Código Civil y Comercial para la República Argentina del año 1998 expresa en su artículo 1602 *in fine* “*A falta de norma legal, o de estipulación de partes, el factor de atribución es la culpa*”. Ese mismo camino ha seguido el nuevo Código Civil y Comercial, cuando en el art. 1721, *in fine*, determina que en ausencia de normativa el factor de atribución es la culpa. Dicha disposición para nosotros representa una suerte de “norma de clausura” o de “cierre del sistema”. De hecho, Atilio A. ALTERINI, autor del Proyecto del año 1998 en materia de responsabilidad civil (y en éste y otros puntos se ha seguido su parecer), ha dicho que “Los sistemas más modernos adoptan unánimemente ese criterio: Código Civil venezolano de 1982 (art. 1185), Código Civil peruano de 1984 (art. 1969), Código Civil paraguay de 1987 (art. 1833), Principios Generales del Derecho Civil de China (art. 106, incs. 2º y 3º), Código Civil quebequés de 1992 (art. 1457), Código Civil holandés de 1992 (Lº 6, art. 162.3), Código Civil ruso de 1995 (art. 1604.2), Código Civil brasileño de 2002 (art. 186), Código Civil de Mongolia de 2002 (art. 377.2), Código Civil vietnamita de 2005 (art. 308), *Anteproyecto de Reforma del Código Civil francés en el Derecho de obligaciones y en el Derecho de la prescripción* dirigido por Pierre Catala y presentado al Ministerio de Justicia en el 2005, *Tort Law* Chino de 2010 (arts. 6º y 7º). El Código Civil cubano de 1987, obliga al deudor que no cumple a reparar los daños y perjuicios resultantes salvo que el incumplimiento no le sea imputable”; ver ALTERINI, Atilio Aníbal, “Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil”, *La Ley*, 2012-D, pág. 1160.

⁴²⁰ Dice Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ, que la jurisprudencia española, al igual que lo ocurrido en otros países “viene reiterando que la conducta de los profesionales (y en concreto de los sanitarios, que es el caso más frecuente en la estadística judicial) queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba admitida por el Tribunal Supremo para los daños de otro origen; lo que significa que incumbe al perjudicado probar la culpa del profesional (por ejemplo, el médico) demandado”. Ver su excelente monografía titulada *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas S.A., Madrid, 1995, pág. 36. No obstante este prestigioso jurista luego aclara que tal concepto se encuentra en crisis, pero sólo en cuanto al aspecto probatorio, es decir en cuanto a las presunciones de culpa del profesional, mencionando las teorías de la culpa virtual, de presunciones, la prueba *prima facie* o el principio *res ipsa loquitur*, entre otros; ver *ob. cit.*, págs. 40 y s.s.

⁴²¹ Han precisado ALTERINI y LÓPEZ CABANA que en materia de profesionales liberales “La teoría de la culpa tiene en ello relevancia primordial, sin perjuicio de las precisiones que corresponden en torno a la distribución de la carga de su prueba. No obstante lo cual, y en virtud de principios que resultan de la legislación común vigente, la atribución objetiva es aplicable en diversas hipótesis, que resultan de carácter excepcional, como las de daños causados por riesgo o vicio de la cosa y las de actividad empresarial”. Ver: ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Responsabilidad profesional: el experto frente al profano”, sobre la

En este sentido podemos citar precisamente al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, el cual amén de señalar expresamente en forma genérica que *“en ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”* (conf. art. 1721), estatuye específicamente en el tema que nos concierne que *“La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la sección octava, de este capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividad riesgosa prevista en el artículo 1757”* (conf. art. 1768). Más adelante volveremos a mencionar a esta novel disposición.

Por otro lado, y sin ánimo de polemizar en esta cuestión ni de tratarla en forma profunda -por resultar un tanto ajena a nuestro estudio- se ha señalado que en general el profesional del Derecho no está sujeto al ámbito específico del “Derecho de consumo”, de protección o defensa del consumidor, sino en supuestos excepcionales como los relativos a aquellas situaciones en las cuales el profesional haya “publicitado” sus servicios en cuyo caso, se remarcó, dicho contrato quedará sujeto de manera “integral” al régimen del consumo; o cuando la actividad profesional se realiza bajo la estructura de una organización empresaria, o de una persona jurídica -caso que nos convence-; incluso cuando el contrato se celebra bajo un esquema negocial “predispuesto” por el profesional⁴²² -otra situación que despierta nuestras dudas, a no ser que el profesional hubiere incorporado alguna cláusula abusiva-. Pero, insistimos, no constituyen estos tópicos cuestiones objeto de nuestro análisis, amén que deberemos siempre recurrir a cada sistema u ordenamiento jurídico en particular para indagar cada solución especial contemplada.

Ahora bien, existe cierta corriente -minoritaria, afortunadamente- que pretende hacerles responsables a los profesionales liberales -verbigracia, médicos- por culpa levísima, lo que nos parece casi lo mismo, en los hechos, que hacerles responder objetivamente. En Argentina, concretamente, arguyen los defensores de esta doctrina que los artículos 902 y 909 *in fine*, del Código Civil de Vélez (o art. 1725 del nuevo Código Código) determinan que los profesionales liberales responden por culpa levísima⁴²³. Veamos, entonces, qué dicen estas disposiciones legales.

El artículo 902 reza lo siguiente: *“Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”*.

Por su parte, el artículo 909 expresa que *“Para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes”*.

En verdad, como puede fácilmente deducirse, el primero de los artículos citados goza de aplicabilidad en ambos regímenes de responsabilidad del sistema responsabilizatorio

base la de ponencia presentada a las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (año 1989), publicada en *Derecho de Daños*, La Ley, Bs. As., 1992, pág. 310.

⁴²² Conf. FRESNEDA SAIEG, Mónica y FRUSTAGLI, Sandra A. “Las prácticas abusivas en la ley de Defensa del Consumidor: implicancias en orden a la responsabilidad profesional del abogado”, en *RCyS*, 2009-IX, pág. 16 y s.s. Remitimos a lo escrito en el capítulo segundo para evitar reiteraciones.

⁴²³ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L, “La responsabilidad profesional del abogado...”, *cit.*, págs. 480 y s.s.; y “Responsabilidad de abogados...”, *cit.*, págs. 409 y s.s. El citado autor si bien comparte muchas de las afirmaciones que sostenemos en el texto, tal como consta en nuestras notas a pie de página, manifiesta igualmente que no obstante que la culpa profesional debe apreciarse siguiendo los criterios generales, “toda conducta culposa del abogado bastará para responsabilizarlo, o sea cualquier culpa tendrá entidad adecuada”. Pues dicha afirmación parece que abre la puerta a la participación de la culpa levísima, puerta que el propio autor había cerrado en otras afirmaciones. Por nuestra parte directamente no nos parece adecuado recurrir al “fantasma de la graduación”, simplemente debemos comparar la conducta obrada por el profesional en el caso concreto con la de un buen profesional que corresponda a la clase o categoría de aquél, teniendo presente además otras particularidades que individualicen aún más el débito profesional correspondiente, tal como sostenemos y desarrollamos en el texto. Comparar, en pocas palabras, la conducta obrada con la debida, siempre teniendo presente el concepto de la *lex artis* aplicado al caso concreto, las características de los sujetos implicados -en particular las del profesional- y el *modus operandi* de la contratación practicada.

argentino, mientras que el último sólo tiene imperio en el ámbito contractual. Todavía en éste habría que restringirlo aún más. En efecto, el artículo 909 (o art. 1725, 2do y 3er párrafos, del nuevo Código) se refiere a los “hechos voluntarios” -verbigracia: actos jurídicos y entre ellos, los contratos-, en los que proclama la no estimación de las condiciones internas subjetivas como regla, siendo su excepción aquella situación en la cual se tomó específicamente en cuenta tales atributos, refiriéndose especialmente a los contratos “*intuitu personae*” (confianza especial) como ser el realizado entre el profesional del Derecho con su cliente⁴²⁴ -dicho esto con las salvedades que dejamos asentadas en el capítulo anterior-.

Mientras que el artículo 902 (o 1725, primer párrafo, del nuevo Código Civil y Comercial) determina que ciertos sujetos han de responder en forma más amplia que otros, puesto que su conocimiento especial les hace “merecedor” de un espectro mayor de previsibilidad que la común. Es decir, dada su preparación específica, los profesionales deben tener un mayor poder de prevención y evitación de daños que una persona normal. Su grado de saber singular les obliga a comportarse de manera tal que sus conductas resulten inocuas para los restantes miembros de la sociedad.

En nuestro modesto parecer, esta norma es quizás la prueba más acabada de la íntima conexión que existe entre la culpabilidad -factor subjetivo clásico de atribución de responsabilidad- y la relación de causalidad. En efecto, somos de la opinión que este artículo en verdad lo que hace es agravar la responsabilidad civil de los profesionales, en el sentido que mayores serán las *consecuencias* de las que deberán hacerse cargo merced a su específico deber de “previsión”.

Hasta tal punto se conectan estos clásicos “presupuestos responsabilizantes” -el factor de atribución y la relación de causalidad- que cierta doctrina -para ser sinceros, la mayoritaria- entiende que el artículo 902 (o art. 1725, 1er párrafo del nuevo Código), amén de ser aplicable en ambas órbitas, se refiere a la culpabilidad⁴²⁵, ya que supuestamente en ésta se debe apreciar en concreto el grado de previsibilidad exigible, mientras que en la causalidad tal deber ha de estimarse en abstracto.

Por supuesto que no compartimos tal tesitura, puesto que en nuestra concepción lo que contempla esta norma es a todas luces una solución causal⁴²⁶. Dice, creemos que sin tergiversación legal, que las consecuencias serán mayores que las normales en los casos específicos de conocimiento concreto de las circunstancias fácticas en las que se lleva a cabo el “ilícito” (*lato sensu*) que da origen al deber de responder patrimonialmente. En pocas palabras, los profesionales han de responder “más” frente a las consecuencias “posibles” de sus hechos, debido a que su poder de evitación y prevención es mayor que el ordinario, ello originado por su condición especial.

Al ensancharse el marco de previsibilidad exigible, pues, se amplían las consecuencias resarcibles. Como puede apreciarse, sin sombra de dudas para nosotros, esta norma lo que trata es acerca de una de las típicas funciones de la causalidad en el ámbito civil: refiérase ésta a fijar la extensión del resarcimiento. Lo que predica es que la responsabilidad será mayor en términos cuantitativos, cuando mayor sea el deber de previsibilidad del sujeto por su preparación específica. Manifestamos nuestra simpatía por

⁴²⁴ Al respecto se ha señalado que debe completarse el régimen de responsabilidad que contempla el artículo 512 con los artículos 902 y 909 del Código Civil, “de modo que en los contratos *intuitu personae* a los que aluden los arts. 626 y 730 del mismo Código, el grado de responsabilidad se habrá de estimar ‘por la condición especial de los agentes’. Atento que, en efecto, el adiestramiento específico que exige la condición de ‘profesional’, comporta un especial deber de obrar con prudencia y conocimiento de las cosas en los términos del artículo 902 del Cód. Civil; y en lo atinente al art. 909 del mismo Código, igualmente resulta obvio que la competencia ostensible, a veces declarada, de ciertos profesionales: especialistas, profesores, etc., justifica una exigencia mayor a su respecto que con relación a los profesionales comunes, en tanto y en cuanto tales condiciones hubiesen sido tenidas en cuenta y gravitadas en la celebración del respectivo contrato”, TRIGO REPRESAS, Félix A., “Falta de legitimación ‘ad causam’ del actor y responsabilidad civil del abogado”, *La Ley*, 2007-B, págs. 570 y s.s. Más adelante haremos nuestras precisiones que a veces nos acercan y otras -las menos- nos alejan de lo afirmado por tal reconocido jurista argentino, recientemente fallecido.

⁴²⁵ Entre otros, CASTIGLIONE, Rafael Alberto, *art. cit.*, págs. 571 y s.s., quien entiende que existe un agravante que deriva de la condición de profesional y que según el art. 902 del Cód. Civil “debe aplicarse un criterio incluso más estricto con relación a la evaluación de la culpa de los profesionales, frente al profano que requiere de sus servicios, precisamente en atención a la calidad científica o técnica de los mismos”.

⁴²⁶ Doctrina también enarbolada por TOBIAS, José W., “En torno a la responsabilidad civil de los médicos”, *cit.*, pág. 830.

aquella doctrina que estima que este artículo versa sobre un problema de causalidad, antes que de culpabilidad. Aplaudimos tal afirmación a pesar de no gozar con muchos adeptos en el Derecho argentino. Más adelante, en el momento de tratar la “causalidad”, volveremos sobre este punto.

Habíamos expresado, además, que el artículo 909 en su segunda parte (o 1725, 2do y 3er párrafos, del nuevo Código), lo que determina es un “afinamiento del concepto de culpa”, en el sentido que en determinadas circunstancias fácticas prevé que pueda tomarse en cuenta la situación personal del deudor convencional. No creemos que tal norma peque de “inanidad” como señaló un especialista en la materia⁴²⁷. Estimamos, además, que este principio es perfectamente aplicable a los contratos de prestaciones profesionales, puesto que, en éstos, como regla, se tienen en consideración las condiciones personales de los profesionales obligados.

Ahora bien, tal aserción no quiere significar que cuando se tengan en cuenta unas características intrínsecas individuales se ha de responder por culpa levísima ante el posible mal cumplimiento o incumplimiento prestacional. Creemos que tales características personales han de ser meritadas por el juzgador a la hora de formar el arquetipo que servirá de comparación cuando indague sobre la conducta actuada en el caso singular y la coteje con la debida del *buen profesional*. De hecho, tales circunstancias en verdad están autorizadas genéricamente por el artículo 512 (art. 1724 del nuevo Código), pero lo que aquí se hace, acertadamente, es “adentrarse” al ámbito individual del deudor en situaciones determinadas -por regla los contratos *intuitu personae*-.

Es decir, hasta donde no llega el artículo 512 (art. 1724 del nuevo Código) en su función individualizadora de la conducta, viene el 909, segunda parte (art. 1725, 2do y 3er párrafos, del nuevo Código), a completarlo, trayendo a colación “aspectos intrínsecos”⁴²⁸ del deudor profesional para formar el arquetipo de conducta comparativa⁴²⁹.

Tales circunstancias específicas e individuales del deudor profesional, que deben ser tenidas en miras por el operador jurídico a la hora de apreciar su conducta en la emergencia, no implican, lisa y llanamente, que éste deba responder por culpa levísima. En realidad, lo que se hace legalmente es facilitar al juez elementos para que forme en cada caso singular un modelo comparativo adaptable acorde a las circunstancias intrínsecas y extrínsecas del prestador de la obligación convencional. Una vez formado el arquetipo que servirá para comparar la *conducta obrada* con la jurídicamente *debida*, el intérprete debe responsabilizar en los casos en que el profesional se aparte de los parámetros debidos legal y

⁴²⁷ Conf. BUERES, “La culpa profesional”, *cit.*, pág. 109.

⁴²⁸ En contra de esta postura, hay que reconocer, se encuentran los hermanos MAZEAUD (junto a TUNC) y buena parte de la doctrina francesa (aunque hablando de la diligencia del *bonus pater familias* -hoy *personne raisonnable*- y no de un profesional). Dichos juristas, cuando tratan de definir a la culpa “cuasidelictual” -error de conducta...- y luego de criticar la apreciación *in concreto* -o subjetiva- para abrazar la doctrina que aprecia la culpa *in abstracto* -u objetiva-, ponen justamente los límites a dicha concepción, que en especial la acercan bastante al otro principio (esta es la buena doctrina, como reiteramos varias veces) pero sin llegar a coincidir por completo. Justamente precisan que las “circunstancias personales” del deudor no deben tenerse jamás en consideración. Estas son las circunstancias “internas” con relación al demandado, tales como su estado de ánimo, hábitos, carácter, etc. Sin embargo ellos mismos aclaran que no siempre es fácil determinar la línea divisoria entre las circunstancias “externas” (que sí debe valorar el juez, según ellos) e “internas” (por ejemplo los casos de ausencia total o parcial de razón, edad, sexo, enfermedad, estigmas, etc.). Pero es importantísimo dejar en claro que dichos autores pregonan que “No hay sino un elemento que parezca más ‘interno’ que ‘externo’ y que, por lo tanto, debe tener en cuenta el juez, según parece, para aumentar la diligencia que le puede exigir al autor del daño: es la competencia particular resultante del ejercicio de una profesión. En verdad, existe en ello un elemento que está lejos de ser puramente subjetivo”, conf. MAZEAUD, Henri y Léon – TUNC, André, *ob. cit.*, t. 1ero, vol. 1, n° 66 y s.s., págs. 86 y s.s.; y t. 1ero, vol. 2, n° 418 y s.s., pág. 71 y s.s. en especial n° 438, pág. 85. Como se puede apreciar prácticamente volvemos a encontrarnos con el parecer de tan notables autores. Pero lo verdaderamente relevante es tener presente que cuando tratamos acerca de valorar la conducta de un profesional, corresponde reemplazar el criterio general del *bonus pater familias* por el del *buen profesional*, cuestión que felizmente compartimos con los profesores parisinos citados. En puridad las diferencias que existen entre sus posturas y la defendida en esta tesis, radican en que se parte de principios distintos, ordenamientos diferentes (en especial, el art. 1137 del Código napoleónico original, por una parte, y el 512 del Código argentino de Vélez, por la otra).

⁴²⁹ No pretendemos fundir -y confundir- con lo expresado nociones como las de fiducia, *intuitu personae* e infungibilidad. Ver en este sentido lo señalado por nosotros en el capítulo anterior y el excelente prólogo que realiza Vicente L. MONTES PENADÉS a la obra de SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La responsabilidad civil del abogado*, *ob. cit.*, pág. 27, nota 8.

contractualmente; claro está que condenará al profesional siempre y cuando se constaten los demás elementos responsabilizantes.

Este apartamiento de la conducta debida ha de configurar un defecto o desviación del comportamiento profesional respecto de la conducta normativamente impuesta⁴³⁰. No debe, empero, objetivarse el concepto de culpa profesional hasta el punto de hacerle responder por “declinaciones” levísimas. No se puede exigir del profesional un comportamiento más cercano a los héroes o semidioses que a los humanos.

En tal sentido, ha apuntado correctamente BUERES que “hay un solo modelo -que se corresponde con la culpa leve-: el buen profesional, el profesional diligente, cuidadoso, que, en definitiva, es el equivalente técnico del buen padre de familia... *el modelo único se concretará* en cada uno de los infinitos casos que muestra la *praxis* judicial. No hay, pues, grados de culpas (el buen médico, el súper médico, etc.); o lo que es igual: no hay tránsito de un modelo a otro, sino una distinta integración de la diligencia en atención a las circunstancias implicadas. Y así como no hay varios modelos -no hay graduación-, tampoco existen apreciaciones de culpa estrictas o menos estrictas, rigurosas o menos rigurosas, etc.”⁴³¹.

Además, y concerniente a nuestro ámbito específico, debemos tener presente que la ciencia jurídica -al igual que la médica- no es perfecta. Entonces si el profesional del Derecho desarrolla su prestación “dentro” del margen de discrecionalidad técnica debida, sin apartarse de la misma en la emergencia, es porque su comportamiento fue correcto a los ojos de la exigibilidad normativa, ello a desmedro del resultado final acaecido⁴³². Sólo la conducta profesional llevada a cabo en transgresión a los principios técnicos específicos aplicables al caso, configurará “culpa”⁴³³ -*impericia*, en puridad-.

En definitiva, ha de meritarse el alto grado de aleatoriedad e incertidumbre que posee la materia propia con la que se maneja el profesional jurídico, máxime si su prestación es realizada en el ámbito judicial, en el cual inexorablemente -salvo casos excepcionales de procesos voluntarios, sentencias salomónicas (“vencimientos” recíprocos), mediaciones, conciliaciones o transacciones- siempre habrá al lado del vencedor, un vencido. Con esta inteligencia han señalado VINEY y JOURDAIN⁴³⁴ que el hecho que el deudor sea un profesional incita a la severidad en el trato, mientras que la dificultad y el alea de la actividad ejercida abogan con frecuencia en sentido inverso.

⁴³⁰ BUERES, “La culpa profesional”, *cit.*, pág. 74; siguen este parecer, entre otros, BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, “Naturaleza de la relación entre abogado y cliente”, *cit.*, pág. 139.

⁴³¹ “La culpa profesional”, *cit.*, pág. 110; En idéntico sentido, entre otros, COMPIANI, María Fabiana y STIGLITZ, Rubén S., *art. cit.*, págs. 205 y s.s.; WIERZBA, Sandra M., “Responsabilidad civil del abogado por el inicio de una demanda infundada (con particular referencia a la mala *praxis* médica”, art., *RCyS*, 2009-V, pág. 51 y s.s. También MOSSET ITURRASPE ha manifestado que este “buen abogado medio”, es la versión profesional del *bonus pater familias* o del comerciante honesto -se alude aquí a la *lex artis ad hoc*-; “se trata entonces de la diligencia propia del profesional medio, que emplea la pericia que su arte requiere o bien la técnica adecuada”, MOSSET ITURRASPE, Jorge “Las chances. Responsabilidad del abogado”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-I, Chances*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 75, nota 18.

⁴³² En el Derecho español, igualmente, se remarca que los profesionales, más que otros sujetos, deben gozar de cierta “discrecionalidad” a la hora de realizar sus funciones y que el hecho de que una decisión profesional se demuestre errónea no basta para acreditar la negligencia del profesional que la adoptó, puesto que el juez debe investigar si dicho error tuvo lugar dentro de los límites de la práctica profesional comúnmente aceptada, conf. FRADES DE LA FUENTE, Eva, “*La responsabilidad profesional...*”, *cit.*, pág. 107. Ya desarrollaremos, casi de inmediato, lo que sucede en España.

⁴³³ En este sentido se ha expresado que “El incumplimiento de la obligación sucederá por el desarrollo de la actividad efectuada sin la diligencia que exige la ‘*lex artis*’ y no por la insatisfacción que tenga el cliente sobre el resultado”, conf. CASADO DÍAZ, Susana, “Jurisprudencia relativa a la responsabilidad civil de los Abogados...”, *cit.*, pág. 1774.

⁴³⁴ Al tratar el tema de la clasificación binaria de las obligaciones en de medios y resultado, expresan las mencionadas juristas que las consideraciones de equidad pueden ser invocadas en favor de una u otra calificación en cuanto a la obligación que le incumbe al profesional, para concluir que “*Le fait que le débiteur est un professionnel incite en effet à la sévérité, tandis que la difficulté et l’aléa de l’activité exercée plaident souvent en sens inverse*”, VINEY, Geneviève et JOURDAIN, Patrice, “Les conditions de la responsabilité”, *Traité de Droit Civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, 2^e Édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., 1998, n° 555, pág. 487.

Concluyendo, *el profesional del Derecho -al igual que el médico- sólo responde por defectos que configuren jurídicamente “culpas leves”*⁴³⁵. No quiere significar esto que el intérprete jurídico no tome en cuenta las circunstancias intrínsecas del deudor que normalmente las leyes generales no las tienen en consideración (conf. artículo 909 *in fine* del Código de Vélez, o 1725, 2do y 3er párrafos, del nuevo Código). Sí las debe apreciar cuando se las hayan tenido presente a la hora de celebrar el acuerdo convencional. Estas singularidades servirán para concretar aun más el modelo que servirá de parangón a los fines de determinar en un caso especial la responsabilidad del deudor profesional⁴³⁶.

Por último, no debemos perder de vista que el artículo 902 del Código de VÉLEZ (o 1725, 1er párrafo del nuevo) más que referirlo a la culpabilidad, resaltaremos su función que tiene al fijar los límites o la extensión del resarcimiento posible derivado de la mala praxis profesional. Lo que se hace, pensamos, es aproximar o transformar consecuencias resarcibles⁴³⁷. Los daños “mediatos” se vuelven en el ámbito profesional “inmediatos”, ello por obra de la expansión de la previsibilidad exigible al agente por su acabado conocimiento singular. Es decir que, en el ámbito del Derecho argentino específicamente, extracontractualiza punitivamente una situación convencional, sin aplicar el artículo 1107 del Código Civil (aserción válida bajo la vigencia del ya derogado Código de Vélez).

Con estos alcances y precisiones podemos compartir la conclusión a la que arriba casi toda la doctrina argentina en el sentido que “la culpa profesional es la culpa común o corriente emanada, en lo esencial, de los artículos 512, 902 y 909. El tipo de comparación será el de un profesional diligente, prudente, que corresponda a la categoría o clase en la cual quepa encuadrar la conducta del deudor en cada caso concreto”⁴³⁸.

Por cierto, y para terminar con el sistema argentino, es digno de resaltar, tal como lo venimos haciendo, que el nuevo Código también mantiene las normas que comentamos, y con el alcance que nosotros auspiciamos. Así, el artículo general que hace alusión a la “culpa” hay que buscarlo en el 1724, el cual guarda gran similitud -y exactitud en sus alcances- con el 512 del Código de Vélez, tal como tuvimos oportunidad de remarcar.

Ahora bien, esa regla general en estos casos singulares hay que vincularla con las precisiones que contiene el novel Código en el artículo 1725 que viene a fundir en una disposición -con algún agregado extra- las reglas de los artículos 902 y 909 del Código de Vélez. Así, la norma mentada reza: “*Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias*”⁴³⁹.

⁴³⁵ Y culpa leve es, en el ámbito profesional, *impericia*.

⁴³⁶ En esta línea de pensamiento se ha sostenido en jurisprudencia que “la culpa de los profesionales está regida por las normas generales y deben valorarse las pautas que brinda el artículo 512 del Código Civil, para medir la conducta del profesional en orden a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, apreciación que se vincula con su mayor capacidad de previsión, de conformidad a lo prescripto por el artículo 902, correlacionado con el artículo 909 de idéntico texto legal”, TSJ de Neuquén, Sec. Civil, 26/06, 12-05-2006, “L. M. A. c/Clínica Pasteur S. A. y otro, s/Daños y perjuicios”, expte. 455, año 2002, fallo agrupado por VARNI DE IÑIGUEZ, María Alicia, MORILLO, Monserrat y IÑIGUEZ, Marcelo Daniel “La Culpa. Provincia de Neuquén”, en *Revista de Derecho de Daños, 2009-1, La culpa -I*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, pág. 489.

⁴³⁷ Ver PARELLADA, *ob. cit.*, pág. 87. Claro que debemos resaltar que esta metamorfosis de consecuencias no es unánimemente aceptada. En verdad ni siquiera se hace mención expresa sobre el punto. Por supuesto que esta transformación que juega en contra del deudor profesional a la hora de responder patrimonialmente, debe el juez realizarla en cada caso en particular atendiendo a las circunstancias individuales y concretas.

⁴³⁸ Criterio defendido desde el año 1979 por el reconocido jurista Alberto J. BUERES, desde su clásica obra *Responsabilidad civil de los médicos*, 1ª ed., Ábaco, Bs. As., 1979, y en artículos específicos de los que ya pasamos debida nota. También es acogido tal temperamento en numerosos encuentros jurídicos y abrazado con marcado entusiasmo por la mayoría de la doctrina argentina. Ver, BUERES, Alberto J., “La culpa profesional”, *cit.*, pág. 111; COMPIANI, María Fabiana y STIGLITZ, Rubén S., “De algunas responsabilidades profesionales...”, *cit.*; MAYO, Jorge Alberto, “Casuística de la responsabilidad del abogado: demanda no promovida, prueba no ofrecida o no diligenciada, recursos no interpuestos o no fundados”, *cit.*, pág. 122; WIERZBA, Sandra M., “Responsabilidad civil del abogado...”, *art. cit.*, RCyS, 2009-V, págs. 51 y s.s.

⁴³⁹ Al exigir mayor “diligencia” en esos casos y mayor “valoración de la previsibilidad de las consecuencias”, al parecer el Código se inclina por una tesis “dualista”, por así decirlo. Ello puesto que esta norma contiene una regla culpabilística (en la apreciación de la *diligencia*) y una solución causal (en la valoración de las *consecuencias* resarcibles). Vale decir que más íntima se vuelve la vinculación culpa-relación de causalidad. No obstante, en el Código de Vélez es nítida la solución causal que esta norma brinda (la del 902), al menos para nosotros.

Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes.

Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”⁴⁴⁰.

Es claro que todo lo que venimos sosteniendo es perfectamente válido bajo esta nueva regulación, *mutatis mutandi*. Por ello evitaremos repeticiones inútiles⁴⁴¹.

Ahora bien, en cuanto al *Derecho español* se refiere, debemos aclarar que las conclusiones que recién apuntamos respecto del sistema argentino son plenamente aplicables. Por de pronto resaltamos ya en este estudio la similitud en las definiciones de un concepto básico en el sistema de la responsabilidad civil: la “culpa”. En efecto, el artículo 1104, primera parte, del Código Civil español⁴⁴² es prácticamente idéntico al 512 del Código

⁴⁴⁰ Puede verse: PADILLA, Rodrigo, “Cuestiones generales de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial”, *Revista Anales de Legislación Argentina*, Luis F. P. Leiva Fernández (Director), Año LXXV, N° 27, octubre 2015, La Ley, Buenos Aires, pág. 175 y PADILLA, RODRIGO “Responsabilidad civil profesional. Con especial atención a la responsabilidad de los médicos, abogados y escribanos” en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros (RCyS)*, Año XVIII, N° 1, enero de 2016, Alberto J. Bueres (Director), La Ley, Buenos Aires, 2016, págs. 18 y s.s.

⁴⁴¹ En un sentido parecido al que defendemos en el texto y en otros tantos trabajos realizados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo Código, ha dicho nuestro estimado amigo Alferillo, respecto del nuevo art. 1725 recién transcrito, que: “la norma deja sentado una métrica general, que es válida tanto para ponderar las circunstancias de la persona en su previsibilidad *in concreto* para la determinación de su culpabilidad y para valorar la previsibilidad *in abstracto* que se relaciona con una de las facetas del nexos adecuado de causalidad, como es la dimensión de las derivaciones que deberá afrontar que están especificadas en cuanto al tipo de consecuencias (inmediatas o mediatas) en el art. 1727 y con relación a la previsibilidad contractual, en el art. 1728... Ello por cuanto se trata de evaluar la conducta *in abstracto* e *in concreto* del mismo sujeto demandado como responsable que, de suyo, tiene las mismas cualidades... La doctrina judicial aplica indistintamente este artículo para medir el nivel de diligencia exigible en concreto como para verificar las consecuencias dañinas que deberá asumir por su falta de previsibilidad en abstracto. Pero especialmente se tiene en cuenta como parámetro para destacar, cuando el sujeto declarado responsable, tiene cualidades especiales que le imponen un deber de prevención del daño diferenciado”, según el comentario que realiza el profesor Pascual E. ALFERILLO al artículo 1725 del nuevo Código en ALTERINI, Jorge H. (Director general), ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, tomo VIII, arts. 1708 a 1881. Otras fuentes de las obligaciones. Directores del tomo Pascual E. Alferillo, Osvaldo R. Gómez Leo y Fulvio G. Santarelli*, La Ley, Buenos Aires, 2015, págs. 106 y 107. Allí termina diciendo el estimado autor que seguimos, en opinión que compartimos, que “Como se colige, este artículo mantiene la tradición jurídica y con ello seguirá prestando una importante colaboración a la jurisprudencia, dado que su contenido impone conocer cuáles son las capacidades y cualidades del sujeto dañador y, a partir de ello, medir la previsibilidad que pudo adoptar en concreto adoptando las diligencias necesarias para evitar el daño, como en abstracto, para imputarle de *jure* el resarcimiento de las consecuencias derivadas de su conducta dañina”, *ob. cit.*, pág. 109. Finalmente, el autor que citamos critica que el nuevo Código argentino no haya incluido a la “mala fe” como criterio de atribución subjetivo, siendo que tal concepto se acredita simplemente probando que el sujeto tenía o debía tener el conocimiento relevante que le exige la ley y su empleo antifuncionalmente, es decir que no requiere probar la intencionalidad de dañar. Ahora bien, por nuestra parte pensamos que si bien la mala fe es distinta a la culpa y al dolo, no obstante no llega a configurar un factor independiente de ellos (menos aún en el sistema de responsabilidad argentino), puesto que, como lo señalan Jorge H. y Ignacio E. Alterini, “En la mala fe mediará intencionalidad dañosa, indiferencia por los intereses de los demás o falta de diligencia que correspondiere, es decir, ya bien, dolo, o ya bien culpa”, *ob. cit.*, pág. 105.

⁴⁴² Por cierto que en la Propuesta de reforma del Código español elaborada por reconocidos profesores, la cuestión es más compleja, pues no se sigue lisa y llanamente aquella descripción de culpa o negligencia. Por de pronto debemos resaltar que aún se mantienen por separado los dos regímenes de responsabilidad civil a saber: contractual y extracontractual. Tampoco brinda dicha Propuesta una “definición” de culpa, sino que la misma surge de diversas normas, como por ejemplo, se alude a una persona “razonable” (como se hizo en la reforma francesa del año 2016) en el artículo 515-1 (del capítulo que corresponde al cumplimiento de las obligaciones) determinando que “Cuando el título de la obligación (*rectius*: contrato) no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento se exige la que corresponde a una persona razonable”; obviamente este criterio abstracto u objetivo se refiere al ámbito contractual. Pero también debe tenerse en consideración el art. 582-5 que versa sobre la diligencia y pericia exigibles, el que reza “1) El prestador debe actuar conforme a la diligencia y pericia exigibles según las circunstancias, y con sujeción a las normas aplicables al servicio contratado y al sector profesional al que pertenezca. 2) Conforme a los mismos criterios debe adoptar durante la ejecución las medidas razonables para prevenir eventuales daños. 3) Para determinar la diligencia y pericias exigibles deben tenerse en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias: a) Los riesgos que la ejecución del servicio puede comportar para el principal. b) La condición profesional del prestador y, en su caso, la especial excelencia demostrada o declarada por el mismo. c) Si el servicio es oneroso y, en su caso, la cuantía de la retribución. d) El plazo razonablemente disponible para la ejecución del contrato. e) El carácter adecuado de los medios o materiales empleados. f) El coste de las precauciones para evitar los daños”. Lo marcado entre paréntesis y cursiva nos pertenece. Esta norma es muy interesante y por razones obvias no podemos profundizar su análisis

Civil de Vélez. En puridad es una versión “mejorada”⁴⁴³; mejora que en parte ha tomado el propio Código Civil y Comercial argentino nuevo (en tanto sustituye el término “diligencias” por “diligencia”).

En cuanto a la culpa profesional, o culpa *del* profesional, específicamente del abogado, se la ha definido “como aquella actuación realizada en el ámbito de las competencias propias de nuestra profesión con olvido de los principios que inspiran la *lex artis ad hoc*”⁴⁴⁴. Esta sencilla definición nos convence por la concreta mención que se realiza respecto del criterio clave en nuestro parecer: el de la *lex artis ad hoc*, hoy muy utilizado por la jurisprudencia.

También es dable aclarar que si bien en España se carece de artículos como el 902 y el 909 del Código Civil argentino (1725 del nuevo Cód. Civ. y Com.), la doctrina y jurisprudencia, empero, han llegado a soluciones semejantes a las reflejadas referidas al sistema argentino, aplicando principios generales del Código Civil (culpa, buena fe, deber de fidelidad⁴⁴⁵, etcétera) y recurriendo a lo específicamente consagrado en el Estatuto General de la Abogacía. En cuanto a este último ordenamiento establece que el abogado debe ajustar su conducta a lo pactado libremente con su cliente. Pero, amén de ello, debe realizar tal cumplimiento “con el máximo celo y diligencia, cooperando con la Administración de Justicia y guardando el secreto profesional” (conf. arts. 30 y 32 del nuevo E.G.A.). Además

aquí. Sí debemos remarcar lo siguiente: se trata lógicamente de la culpa en el cumplimiento contractual, de hecho en el ámbito extracontractual se dispone que la responsabilidad de un daño puede ser imputada a una persona cuando: así lo disponga una ley especial; el daño sea la concreción del riesgo típico de una actividad; o una persona ha causado un daño interniendo culpa o dolo (conf. art. 5191-2 y arts. 5191-7 -dolo o culpa- y 5191-8 -que se refiere a una “*persona cuidadosa y prudente en las mismas circunstancias*”). Ahora bien, volviendo a aquella culpa contractual, es claro que el criterio general de medición de conducta referido a la *persona razonable* en nuestro campo es reemplazado por el del *buen profesional*. Asimismo, es evidente que al hablar de las circunstancias ya estamos volviendo más concreto aquel criterio abstracto de comparación para reputar una conducta culposa. Entre tales circunstancias resaltaremos las siguientes: la onerosidad, el plazo, el carácter “adecuado” de los medios empleados y, por supuesto, la condición de profesional y sus cualidades particulares -excelencia-. Creemos que ya nos estamos excediendo con esta nota dada la riqueza de los textos citados. Ver: *Propuesta de Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Tecnos, Madrid, 2018.

⁴⁴³ El artículo 1104 del Código Civil español dice en su primera parte: “*La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*”. Decimos que el Código español ha mejorado la redacción del argentino, pues en éste se emplea dos veces la palabra obligación sin necesidad, mientras en aquél, además, “se han concordado los tiempos del verbo con ajuste” al incluir “las palabras ‘consiste’, ‘exija’ y ‘corresponda’, que tienen una exacta conexión”, conf. BUERES, “La culpa profesional”, *cit.*, pág. 93. Ver, también, ALTERINI, Atilio Aníbal - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, n° 427, págs. 182 y 183. Por último, BUERES también señala que la expresión “diligencias” utilizada por Vélez es objetable, ya que “diligencias” en plural significa *tramitaciones*, mientras que en el Código español correctamente se emplea el término “diligencia” que significa *cuidados*, ver “La culpa profesional”, *cit.*, pág. 92. En idéntico sentido, en cuanto al acierto de utilizar el singular *diligencia* -sinónimo de actividad o cuidado- en vez del sustantivo plural *diligencias* -que implica tramitaciones o gestiones-, ver TRIGO PREPRESAS, Félix A., “La noción clásica de culpa. Domat. Código Civil francés...”, *cit.*, pág. 43 y doctrina allí citada. Por supuesto que el nuevo Código Civil y Comercial argentino ya hace uso, correctamente, del término “diligencia” en el art. 1724 que transcribimos con antelación en el texto.

⁴⁴⁴ ALBANÉS MEMBRILLO, Antonio, “La responsabilidad civil del abogado”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, N° 11, 3ª Época, febrero de 1999, pág. 88. Es interesante el breve análisis que realiza el autor citado en cuanto a la “evolución” que tuvo el concepto de la *lex artis*, en el sentido que cada vez más se la está sustituyendo por “procedimientos más o menos reglados” que objetivizan el *modus operandi* y relativizan en gran medida la “*lex artis*” de cada profesional.

⁴⁴⁵ Es digno tener presente el artículo 7.1 del Título Preliminar del Código Civil español, en tanto dice que “*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*”, lo que implica que la buena fe es tenida como principio general, tal como ahora también se hace eco el nuevo Código argentino (conf. art. 9 que determina que “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”). Además, en el ordenamiento español el principio de la buena fe está contemplado específicamente en materia contractual en el artículo 1258 (del nuevo Código argentino la correspondencia es con el art. 961), el que reza de esta manera: “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”. Ya en el ámbito contractual a esta buena fe se la denomina “deber de fidelidad” siendo el fundamento de otros deberes típicos del letrado, como los de información adecuada, custodia y entrega o devolución de documentos, entre otros. Por cierto, son varias las sentencias del Tribunal Supremo que hacen directa alusión a dichos deberes del letrado, tales como la STS (Sala I) de 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 357) y la STS (Sala I), 25 de marzo de 1998 (RJ, 1998, 1651), entre otras.

el profesional del Derecho está sujeto a las reglas que derivan de las “normas legales, estatutarias y deontológicas” (conf. art. 31, inc. A, del E.G.A.)⁴⁴⁶.

En verdad, legislativamente hablando, es un poco confuso el panorama, pues luego de definir a la culpa en el artículo 1104 del Código se agrega que “*Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que corresponda al buen padre de familia*”. Este agregado ha sido interpretado de distintas maneras. Por de pronto debemos reconocer que a simple vista existe una contradicción, pues en el primer apartado del artículo comentado la culpa es definida siguiendo un criterio concreto o subjetivo, en tanto que el segundo recurre al clásico *bonus pater familias*, siendo éste el típico patrón abstracto u objetivo. Lo que sucede es que el primer apartado fue tomado del sistema argentino (artículo 512 del Cód. Civ. de Vélez, como se dijo) en tanto que el segundo estuvo inspirado en el francés (artículo 1137 del “originario” Código napoleónico⁴⁴⁷).

Entonces, ¿qué modelo hemos de tomar para formar el arquetipo de conducta que servirá para juzgar si la actuación del abogado fue la correcta? ¿Será un criterio abstracto o concreto? ¿Acudiremos al *bonus pater familias* o formaremos otro específico para el caso⁴⁴⁸?

⁴⁴⁶ En otro orden de cosas, el artículo 442.1 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) determina que los abogados y procuradores están sujetos en el ejercicio de su profesión a la responsabilidad civil, penal y disciplinaria, según proceda. Ver, entre otros autores, ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, “La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores”, en *La responsabilidad civil profesional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, págs. 35 y s.s.; *ídem* en CERVERA MARTÍNEZ, Marta, “Responsabilidad civil del abogado”, publicado en *RCyS*, 2006, págs. 340 y s.s. Remitimos al capítulo primero de este trabajo donde analizamos esta eventual responsabilidad “tripartita”. Al respecto de este tema, nos dicen los autores citados que el abogado, al igual que cualquier otro profesional, incurrirá en responsabilidad cuando incumpla genéricamente su encargo, “y cuando incumpla o infrinja los deberes inherentes a su actividad, es decir, cuando no actúa conforme a la ‘lex artis’ y ésta viene definida en las normas que regulan el ejercicio de su profesión que, en el caso del Abogado, es el Estatuto General de la Abogacía aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, debiendo significarse, además, que existe un Código Deontológico aprobado por el Consejo General de la Abogacía Española, de 30 de junio de 2000, que contiene también numerosas obligaciones para el Abogado, si bien, al ser anterior al nuevo Estatuto no resulta de aplicación cuando existan normas en éste que se refieran a la misma materia”, conf. ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, “La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores”, *cit.*, págs. 34 y 35; con igual criterio ver el trabajo de CERVERA MARTÍNEZ.

⁴⁴⁷ Ver, respecto de la definición de culpa -tanto la contractual como la cuasidelictual- en el sistema francés (arts. 1382 y s.s. del Código napoleónico), y su apreciación en principio *in abstracto*, pero tomando en consideración también circunstancias *concretas* (art. 1137 Código Civil francés “original”), MAZEAUD, Henri y Léon – TUNC, André, *ob. cit.*, t. 1ero, vol. 1, n° 43 y s.s., págs. 60 y s.s.; y t. 1ero, vol. 2, n° 380 y s.s., págs. 37 y s.s.; n° 418 y s.s., págs. 71 y s.s., y n° 681 y s.s., págs. 386 y s.s. Aclaremos que los arts. 1382 y siguientes del Código napoleónico, tratan acerca de la responsabilidad cualidelictual -1382- y delictual -1383-, por hecho personal, además de la responsabilidad por las personas por las que se debe responder (art. 1384, párrafo 2 y siguientes: hecho “ajeno”-pero no tan ajeno-) y el “hecho”, o en razón, o a causa de las cosas (arts. 1384, párrafo 1, 1385 y 1386 -en puridad las cosas no pueden por sí mismas “hacer” nada-); mientras que el 1137 se refiere a la responsabilidad contractual, en donde se hace expresa referencia al *bonus pater familias*, criterio hoy reemplazado por el de una *persone raisonnable*. Sin embargo, no por ello las conclusiones que se extraen de los mismos no pueden aplicarse al otro ámbito; al contrario, la culpa es la misma y la forma de apreciarla, también. De hecho, no existen diferencias esenciales entre la responsabilidad contractual y la delictual (extracontractual, en puridad), como dirían los MAZEAUD, siendo predicable dicha conclusión en muchos otros ordenamientos. Por cierto que más allá de las citas que hacemos del actual sistema francés, la cuestión de la responsabilidad civil apenas fue modificada y en estos momentos está siendo objeto de debate parlamentario, pues no fue “prácticamente” incluido este tema en la ordenanza del año 2016. Ver los arts. 1240 y s.s. del Código según la ordenanza de febrero del año 2016, que solo trata sobre la responsabilidad extracontractual en general (pero en forma muy elemental) y el 1245 sobre la responsabilidad por los productos defectuosos.

⁴⁴⁸ Debemos resaltar que el Tribunal Supremo en una sentencia nos refiere que el abogado debe adecuar su conducta acorde lo exigible a un “buen padre y familia” y en otra ocasión ya sí nos hace expresa mención al modelo profesional, siendo esta última la buena doctrina. Por ejemplo, en la STS (Sala I) de 14 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3106), nos expresa que en buena técnica jurídica y en cumplimiento del deber de confianza que habían depositado los clientes “y en tenor a las diligencias correspondientes a un buen padre de familia que impone el art. 1104 Cc, tendría que haber extendido el consejo a las posibilidades de defensa”. En cambio, en la STS (Sala I) de 4 de febrero de 1992 (RJ 1992, 819) el alto Tribunal español remarca que para imputar al abogado “habrá que demostrar que la resolución judicial ha sido consecuencia de la incuria, deficiente actuación o desconocimiento de las normas profesionales del letrado encargado de la defensa y que distinto habría sido el resultado del juicio si la defensa del cliente hubiera sido acorde con la *lex artis* propia de un abogado de diligencia normal... Ambos preceptos legales imponen al letrado actuar con diligencia, cuya exigencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia dados los cánones profesionales recogidos en su Estatuto y que sirven de buena y estricta medida de su actuación”. Como observamos el Supremo en esta sentencia ya hace mención, por primera vez según nuestro estudio (y luego reiterado en muchas otras sentencias), al concepto clave en esta materia: la *lex artis ad hoc*. Más adelante -al tratar sobre las obligaciones de medios y resultados- volveremos sobre este vital tema. Lo último que queremos señalar es una paradoja. Como puede observarse en el texto, nosotros nos inclinamos por el modelo del buen profesional, resultando éste el que debe servir de

Para contestar adecuadamente, por de pronto, diremos que el modelo genérico del *bonus pater familias*, receptado en el segundo apartado del artículo 1104, es un criterio supletorio⁴⁴⁹. Es decir, aplicable cuando las partes nada hayan estipulado al respecto y, sobre todo, cuando de la “naturaleza” de la obligación no resulte que en la especie se necesite recurrir a otro “esquema” de conducta. Y en este caso especial, *la naturaleza de la obligación del abogado* deviene “en criterio en virtud del cual se determina el modelo de conducta exigible para la satisfacción del interés crediticio concreto. Es decir, de la naturaleza de la obligación se infiere la imposición del modelo de conducta del profesional”⁴⁵⁰.

Además, debemos remarcar que en puridad todos los sistemas u ordenamientos jurídicos que estudiamos, si bien parten de uno u otro principio (es decir, criterio abstracto u objetivo de apreciación de culpa, vg. Código francés originario, art. 1137, Código alemán, art. 276; o el criterio concreto o subjetivo, vg. Código Civil de Vélez art. 512 y art. 1724 del nuevo Código Civil y Comercial argentino, Código Civil de España, art. 1104, primera parte) llegan a similares consecuencias, puesto que es imprescindible valerse de los dos criterios para apreciar la conducta que se reputa culposa. En pocas palabras los sistemas son mixtos, es decir tanto concreto, cuanto abstracto, al unísono⁴⁵¹.

Con esta inteligencia y con las salvedades realizadas, es claro que la cuestión a resolver, insistimos, es la siguiente: ¿con qué modelo compararemos la conducta del profesional del Derecho? Es decir, recurriremos al genérico buen padre de familia, o formaremos otro especial para el caso. Pues la solución radica en aplicar en la especie, tal como ya adelantamos, el modelo abstracto del profesional o *artífice*, “que es el modelo de conducta representado por las reglas o técnicas específicas de un oficio o arte determinados. La vinculación de la pericia a la noción de artífice, experto o profesional en un arte (‘quippe ut artifex conduxit’) tiene su raíz en el D. 19, II, 9,5, reproducido parcialmente en el L. 50, XVII, 132”⁴⁵². Dejamos constancias, entonces, que tanto el Derecho romano, como el antiguo Derecho francés, conocían la denominada *culpa profesional*⁴⁵³. El propio DOMAT -con su reconocida virtud y autoridad- la asimilaba a la culpa ordinaria⁴⁵⁴.

Para que se entienda lo que estamos afirmando, aclaramos que la función que cumple la diligencia respecto del modelo padre de familia, es similar a la que corresponde a la *pericia* relacionada con el *modelo profesional*. Es decir que “la pericia indica un modo de conducta, un esquema de actuación que debe ser llenado por un modelo profesional... la expresión pericia, su simple uso ya indica que el modelo de conducta al que se reclama es un profesional. Pericia es el esquema de conducta que sólo puede ser integrado por un modelo que presupone una determinada habilidad técnica. Es la diligencia del experto”⁴⁵⁵.

comparación en los casos de mala praxis *forense* debiendo rechazarse, por ende, el modelo general del *bonus pater familias*. Pues bien, lo paradójico es que el Supremo cuando recurrió al criterio general del buen padre de familia lo hizo para condenar al letrado, mientras que cuando elaboró la doctrina del modelo profesional -*lex artis*- aclarando que la diligencia comprometida es “mayor” (en puridad “distinta”) que la propia de un padre de familia, lo hizo con la finalidad de eximir de responsabilidad al abogado demandado. Llamativo, sí, pero no debe asustarnos porque siempre ha de estarse a las cuestiones fácticas que son las que en realidad justifican el resultado de todo pleito (de los hechos nace el derecho, dicho en otras palabras).

⁴⁴⁹ Ver en este tema SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La Responsabilidad Civil del Abogado*, *ob. cit.*, págs. 66 y s.s.

⁴⁵⁰ Conf. SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *ob. cit.*, pág. 105.

⁴⁵¹ Remitimos al punto décimo de este capítulo.

⁴⁵² BADOSA COLL, Ferrán, “La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil”, *Studia Albortiana* dirigidos por Evelio Verdura y Tuells, N° LI, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pág. 121.

⁴⁵³ Ver MAZEAUD, Henri y Léon – TUNC, André, *ob. cit.*, t. Iero, vol. 2, n° 429, pág. 80; y n° 508, pág. 164.

⁴⁵⁴ Decía DOMAT “Hay que poner en el número de los daños causados por las culpas aquellos que suceden *por la ignorancia de las cosas que se deben saber*. Así, cuando un artesano, por no saber lo que es de su *profesión*, incurre en una culpa que causa algún daño, quedará obligado a ello. -*Imperitia quoque culpa adnumeratur. Veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quia male eum secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit: & 7, ins. de leg. Aquil., 1. 7, & ult., 1. 8, ad leg. Aquil.*”, conf. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, ed. de Héricourt, 1777, lib. II, tit. VIII, sec. III, & 5. Ver, además, la obra de los MAZEAUD-TUNC -cuya traducción tomamos- citada en la nota anterior.

⁴⁵⁵ Conf. BADOSA COLL, Ferrán, *ob. cit.*, págs. 122 y 123. Quien además señala que “Hay una segunda característica de la pericia: el que el modelo de conducta profesional que ha de integrarla viene determinado siempre por la naturaleza intrínseca de la actividad a la que debe de aplicarse”, *ob. cit.*, pág. 123. Recomendamos la interesante obra que citamos, en la cual se tratan estos temas con notable profundidad. No obstante el atractivo de sus líneas, no compartimos las ideas referidas a la “aplicación del modelo de perito” en lugar, o por, el de buen padre de familia, en el sentido que haría falta una declaración al respecto, y que requiere de un acto

Este modelo profesional implica que el abogado ha de desplegar su conducta con ajuste a las reglas propias de su profesión. Ello pues para averiguar si le cabe responsabilidad se apreciará su conducta en la emergencia (*conducta obrada*, teniendo presente las circunstancias concretas, artículo 1104 primera parte), la cual será comparada con el modelo de conducta del “buen profesional” que corresponda a la clase o categoría en que quepa encuadrar al deudor en cada caso (*conducta debida*). Si del cotejo realizado resulta que el profesional del Derecho no se ajustó a los cánones de comportamiento -conducta debida- que tienen su fundamento en la *lex artis*, podemos hablar de culpa *del* profesional; la cual, sumada a los restantes elementos atributivos de responsabilidad, hará nacer el deber de responder en cabeza de ese deudor “calificado” por su conocimiento.

En este orden de ideas, se ha señalado que la “diligencia” que se requiere de un abogado en su ejercicio profesional “es la propia de la pericia objetiva y de la ‘*lex artis*’ y superior a la exigible al *bonus pater familias*”⁴⁵⁶.

Ahora bien, que se exija al abogado adecuar su conducta a un parámetro “superior” -mejor dicho “distinto”⁴⁵⁷- al propio de un buen padre de familia, no quiere significar que el letrado responda por culpa levísima, tal como lo señalamos anteriormente⁴⁵⁸. Es decir que “el modelo del buen profesional, en cuanto parámetro abstracto y general, no puede ser excesivamente rígido o estricto, exigiendo al profesional, en todo caso, una pericia exquisita, sino que dicho modelo vendrá configurado por el normal buen actuar en la especialidad profesional concretizado en el supuesto particular ‘según las circunstancias del tiempo y lugar’”⁴⁵⁹.

específico que se ha de producir en la asunción de la obligación, amén que la condición de perito no se presumiría y sería irrelevante la situación del sujeto que asume la obligación, conf. BADOSA COLL, *ob. cit.*, págs. 131 a 135. Por el contrario, nosotros creemos, modestamente, que no hace falta ninguna declaración al respecto, es decir que imponga al perito ajustar su conducta de acuerdo al modelo del buen profesional, puesto que la propia condición de profesional y el hecho que se le “contrate” con la finalidad de lograr alguna ventaja (defensa jurídica en nuestro caso) al cliente en el ámbito propio en el cual el perito tiene dominio, es suficiente para no aplicar en la especie ninguna figura no profesional (*bonus pater familias*, hombre de diligencia media, la persona razonable, el modelo *quam suis*, etc.) y justamente recurrir a la figura del experto, o modelo del artífice.

⁴⁵⁶ MULLERAT BALMAÑA, Ramón M., “Responsabilidad civil del Abogado”, en *La Toga -Dossier- Colegio de Abogados de Sevilla*, abril de 2002, pág.10. Además expresa que “La mayoría de las resoluciones supremas y provinciales reiteran la exigencia de que el abogado cumpla sus obligaciones de defensa encomendadas ‘con el máximo de celo y diligencia’ y superior a la media, tal como exigen la STS de 4 de febrero 1992 y la SAP de Huesca de 4 de diciembre 1993: ‘ambos preceptos legales (el artículo 1104, primera parte, del Código Civil y el artículo 42.1 del E.G.A.) imponen al abogado actuar con diligencia, cuya exigencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia dados los cánones profesionales recogidos en su Estatuto y que sirven de buena y estricta medida de su actuación’”, MULLERAT BALMAÑA, Ramón M., *cit.*, pág.10. Lo marcado entre paréntesis nos corresponde.

⁴⁵⁷ En sintonía con todo lo que llevamos dicho, expresaron los MAZEAUD-TUNC que se incurre en culpa cuando no se pone la “diligencia” que impone el contrato, esto es -salvo disposición en contrario- la diligencia de un buen padre de familia; pero en los casos en los cuales el deudor sea un profesional, “se es conducido de modo natural a reemplazar el criterio del buen padre de familia por el del *buen profesional*... los dos *criterios son verdaderamente diferentes* y deben ser utilizados de diferente manera”, conf. MAZEAUD, Henri y Léon – TUNC, André, *ob. cit.*, t. 1ero, vol. 2, pág. 422. La cursiva es nuestra.

⁴⁵⁸ “Hay que tener muy presente, para matizar la acción u omisión imputada como determinante de los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se pretenda, que el art. 53 del citado Estatuto impone al Abogado cumplir sus obligaciones ‘con el máximo de celo y diligencia’. De aquí que su responsabilidad nazca en cuanto falten estos grados, situándola así en el ámbito de la *culpa leve*”, conf. MUÑOZ CAMPOS, Juan, “La responsabilidad civil de abogados y procuradores”, en *Centenario del Código Civil, II, Universidad Popular*, Francisco Rico Pérez (Director y Coordinador), Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Políticas, (Universidad Complutense de Madrid) y Universidad de Alicante, 1989, pág. 351. La cursiva es nuestra. Cabe aclarar que el artículo citado corresponde al anterior Estatuto. Ahora debemos buscar esa regla -máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional- en el art. 42. Por cierto que la tendencia a acentuar la responsabilidad mediante la inversión de la carga de la prueba -tema que desarrollaremos más adelante- ya la determinaba la Directiva del 9-11-1991, que establecía que incumbía al prestador del servicio la prueba de haber actuado sin culpa. Dicha directiva no prosperó, pero en los hechos -el Derecho “vivo”: la jurisprudencia- siempre se recurre a los artículos del citado Estatuto exigiendo del letrado actuar con extrema diligencia, sin que ello, insistimos, implique hacerle responder por culpa “levísima”, pero sin dudas que por “leve” le corresponderá atender patrimonialmente al reclamo que se le impute.

⁴⁵⁹ SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *ob. cit.*, pág. 136. Asimismo se ha dicho que según los jueces los profesionales se encuentran obligados a un nivel de diligencia exigible a un profesional *ordinario* (medio y no mediocre, si se quiere), “la que puede y debe esperarse de una persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso” (STS del 9 de abril de 1963); en la jurisprudencia del *Common Law* se conoce como “*Bolam test*”, es decir “el estándar del experto normal, que ejercita y afirma poseer ese conocimiento específico” (*Bolam vs. Friern Hospital Management Committee*). Ver: FRADES DE LA

2.4. ¿Es acertado distinguir los errores científicos de los errores materiales?

Acerca de si es acertado distinguir los errores -defectos- materiales de los científicos⁴⁶⁰, nos apresuramos en contestar también en forma negativa. Señalamos anteriormente que la doctrina que pretende dividir los posibles incumplimientos del profesional de esta forma, lo hace con la finalidad de reprocharle jurídicamente sólo cuando incurre en defectos en la prestación de índole material, ya que respecto del aspecto técnico no hay que indagar, según esta corriente, sobre la conducta obrada por el profesional, al ser éste dueño y soberano de los principios que rigen su “arte”⁴⁶¹, oficio o *profesión* -con mayor precisión-. Sólo responderá el letrado, desde esta óptica, cuando haya actuado en forma dolosa, o al menos con culpa grave⁴⁶².

En verdad no llegamos a distinguir claramente cuando un profesional comete desviaciones técnicas y cuando no. Creemos, por el contrario, que “*todo*” el *quehacer profesional es de índole técnico*, es decir, específico, concreto, sujeto a reglas derivadas de los fundamentos o principios científicos que informan su profesión -*lex artis*-. No hay lugar para defectos materiales, por menos “técnicos” que parecieran ser.

Este tema, según nuestro parecer, tiene directa vinculación con los matices o rostros que puede tener la culpa. Ya asentado que descartamos de plano la teoría de la prestación o graduación de culpas en grave, leve y levisima, no podemos dejar de señalar que la “culpa” en sentido amplio, además de abarcar a la culpa en sentido estricto y al dolo, contiene también las diferentes formas en las que se puede presentar en la práctica.

FUENTE, Eva, “*La responsabilidad profesional frente a terceros por consejos negligentes*”, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 105.

⁴⁶⁰ Normalmente entienden quienes comparten el distingo señalado que el error de índole científico no es constitutivo de culpa si el mismo resulta excusable. En tal sentido LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Tomo IV-B, ob. cit.*, n° 2832, pág. 154; en igual sentido ver el fallo emanado de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 21-12-2006, “M., E. A. y otro c/R., de C., I y otro”, sentencia recogida por PREVOT, Juan Manuel, *ob. cit.*, n° 2013, pág. 453. El maestro argentino literalmente afirma que “el error de índole científico no es constitutivo de culpa, si es excusable: el abogado no es un oráculo que pueda predecir cuál será una sentencia futura; el no está obligado a tener éxito, sino a hacer lo conducente a ello. Pero la omisión de precauciones que la prudencia ordinaria prescribe, así como de las previsiones comunes, configura la culpa del abogado”, ver: LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil, ob. cit.*, n° 2832, pág. 154. Algo parecido es sostenido por BUSTAMANTE ALSINA, cuando expresa que “La responsabilidad profesional no existe cuando median errores de carácter científico, aún cuando las teorías sean controvertidas, pero subsiste en los casos de impericia, o sea olvido de las precauciones que la prudencia ordinaria prescribe, de las reglas admitidas por todos como ciertas. En las hipótesis de error grave e inexcusable el abogado deberá responder de un consejo legal notoriamente perjudicial para su cliente”, en BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 5 ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1987, pág. 443 *in fine*. En este sentido ver también MARTÍNEZ CRESPO, Mario, “Responsabilidad del abogado en relación a las costas causadas por su culpa o negligencia”, *La Ley*, 1983-B, págs. 575 y s.s. También MAYO sostiene que respecto del error científico parece razonable el cartabón de la culpa grave, puesto que lo relativo u opinable de la mayoría de las cuestiones jurídicas hace que, salvo desconocimiento supino del Derecho, no podrá estimarse la responsabilidad del abogado. Además, afirma que el principio *iura novit curia* puede llegar a cubrir los defectos de fundamentación en dicho aspecto. Ver: MAYO, Jorge Alberto, “Casuística de la responsabilidad del abogado...”, *cit.*, págs. 123 *in fine* y 124.

⁴⁶¹ Deberíamos decir, en sentido estricto, “ciencia” y no “arte”, como acertadamente destaca CHIAPPINI al decir que “En rigor las profesiones liberales ya no lo son tanto, ya que quien las ejerce ya no hace lo que quiere ni como quiere, es frecuente que se halle en relación de dependencia... Además, su actividad se constriñe harto reglada, por de pronto desde la matriculación. De modo que su ‘técnica’ es cada vez menos discrecional, que se comprende que lo suyo no es ‘arte’ sino ciencia”, ver: CHIAPPINI, Julio, *Derechos y deberes de los jueces y abogados*, Editorial Jurídica Panamericana, Santa Fe, 2003, pág. 412. En idéntico sentido, se ha remarcado que si el Derecho fuera sólo “arte”, el operador no tiene otra guía en su obrar que la propia inspiración, de donde resulta que no se le podrá imputar “errores” o desconocimientos; a diferencia de entender al Derecho como “ciencia”, en especial en la medida de la relevancia otorgada a las normas, puesto que a mayor relevancia, mayor será la atribución de responsabilidad, conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Las dificultades de la ciencia jurídica...”, *cit.*, pág. 9. Dicho maestro santafesino, también entiende que el profesional del Derecho debe hacerse cargo de los “errores científicos”, remarcando que no es cierto que todas las cuestiones denominadas científicas sean opinables, puesto que en el saber jurídico hay sectores -y bastos, por cierto- o criterios conquistados o ganados, que gozan de adhesión mayoritaria; desconocerlos o ignorarlos, es incurrir en responsabilidad, *art. cit.*, pág. 19. Nuestra postura es más simple aún, puesto que sostenemos que “todo” el saber jurídico es de índole técnico o científico, en el sentido que siempre el profesional debe adecuar su conducta a lo prescripto por la *lex artis*, más allá de encontrar en algunas actuaciones mayor “materialidad” que en otras. La cuestión es el ajuste -o desajuste- frente a los principios inspiradores de su ciencia.

⁴⁶² Normativamente y dentro de su propio ordenamiento jurídico, lógicamente, los autores que comparten este distingo fundamentan sus posturas en lo prescripto en el art. 2236 del Código Civil italiano, y en el art. 1762 del Código peruano, tal como tuvimos oportunidad de resaltar.

En efecto, ha enseñado la doctrina especialista en el tema, que la culpa puede derivar de una *negligencia*, de una *imprudencia* o de *impericia* del agente. En este sentido el nuevo Código Civil y Comercial argentino, luego de brindar la definición de “culpa”, en el art. 1724 señala que ella “*Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión*”.

Se estaría en presencia de una *negligencia* -muchas veces usada como sinónimo de culpa propiamente dicha- cuando el sindicado como responsable realiza “menos” de lo debido; caso contrario, es decir cuando realiza “más” de lo debido, actuaría en forma *imprudente o temeraria*; mientras que cuando falta a los deberes propios impuestos en razón de un cargo, oficio o profesión, incurriría en *impericia*⁴⁶³.

Pues en nuestro concepto estimamos que todo el quehacer del profesional, específicamente del abogado, es un ejercicio eminentemente técnico, intelectual o científico, fundamentado en principios específicos derivados de su propia *lex artis*, ello así por más materialidad que se pueda presentar objetivamente en los hechos -por ejemplo, asistir a una audiencia es prácticamente un hecho material, pero lo significativo no es tan sólo estar presente en el acto, sino actuar conforme a lo convenido con el cliente, aconsejado por la estrategia procesal, fundamentado en principios jurídicos, adecuado a la práctica forense, etcétera-.

Por tal motivo es que somos de la opinión que *específicamente en materia de responsabilidades profesionales sólo quepa hablar correctamente de impericia -falta de pericia-, si es que se le pretende imputar patrimonialmente al sujeto por responsabilidad profesional*. Es que siempre estaremos, en cuanto al incumplimiento del profesional se refiere, ante casos de impericias, es decir “desconocimiento de las reglas y métodos propios de la profesión de que se trate, dado que todo el que ejerce una profesión debe poseer los conocimientos técnicos y prácticos de la misma, debidamente actualizados, y obrar con previsión y diligencia con ajustes a aquéllos”⁴⁶⁴.

Insistimos, en este campo en verdad el género es la *impericia*, siendo que la misma puede llevarse a cabo sea que el profesional haga menos de lo debido -negligencia-, sea que actúe temerariamente -imprudencia-. Incluso participamos de esta postura cuando el profesional actúa con conocimiento y voluntad de causar daño, representándolo (dolo)⁴⁶⁵. *Siempre, y esto es lo relevante, se estaría transgrediendo principios típicos que derivan de una especial rama del conocimiento humano*.

Entonces: los caminos para llegar jurídicamente a la *impericia* y servir como fundamento atributivo de responsabilidad profesional pueden ser: por un hecho positivo (acción) o negativo (omisión); a través de la negligencia o desidia (no hacer, dejar de hacer, hacer menos de lo debido, etc.); por medio de la imprudencia (hacer más de lo debido, y hacerlo mal, claro); o actuando dolosamente⁴⁶⁶.

⁴⁶³ Ver, entre otros, ALTERINI, Atilio Aníbal, *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil. Contornos actuales de la responsabilidad civil*, 3ª edición, 1ª reimpression, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, n° 102 y 103, págs. 94 y s.s. y TRIGO PREPRESAS, Félix A., “La noción clásica de culpa. Domat...”, *cit.*, págs. 48 y 49.

⁴⁶⁴ TRIGO PREPRESAS, Félix A., “La noción clásica de culpa...”, *cit.*, pág. 49 y TRIGO REPRESAS, Félix A., “Falta de legitimación ‘ad causam’ del actor y responsabilidad civil del abogado”, *La Ley*, 2007-B, págs. 570 y s.s.

⁴⁶⁵ Decimos que el dolo “forma parte de la impericia”, ello a desmedro de posibles críticas. En verdad estimamos que lo relevante en nuestro campo es la transgresión a reglas del “arte” -*lex artis*-, sea que dicho desacuerdo con los cánones que informan la ciencia propia fuera realizada en forma dolosa o culposa. Estas subjetividades del agente dañador, en nuestro humilde entender, tendrán relevancia en lo referido al límite del resarcimiento -conf. art. 1728 *in fine* CCyC argentino- (ello amén de la eventual responsabilidad criminal o disciplinaria del letrado), pero en cuanto a la transgresión misma carece de relevancia, es simplemente “impericia”.

⁴⁶⁶ En contra de esta postura, ver por todos a YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *ob. cit.*, págs. 385 y s.s., quien afirma la existencia de errores profesionales distintos de los errores comunes. En efecto, señala el reconocido autor que “El error común es aquel que puede cometer cualquier persona y, por consiguiente también el profesional (como puede ser un error de cálculo)... Otra cosa hay que decir del error puramente profesional, al error que va directamente al comportamiento profesional que mira más o menos directamente la resolución de un problema técnico”. Tal pensamiento, sin embargo, no lo lleva al extremo de predicar una “culpa profesional” diferente de la común, tal como tuvimos oportunidad de resaltar *ut supra*.

2.5. La responsabilidad civil del abogado frente a su ex cliente, ¿ha de juzgarse con las reglas que gobiernan la responsabilidad contractual o extracontractual? El artículo 1728 del nuevo Código unificado argentino.

Antes de tratar la temática objeto de este acápite debemos advertir que si bien es cierto que el nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina en principio tiende a unificar los regímenes responsabilizantes, bregando por un sistema único de responsabilidad que borre las diferencias entre las órbitas contractual con la extracontractual, la pregunta que ahora nos hacemos, respecto de si se aplica uno u otro régimen a la responsabilidad del abogado, aún tiene relevancia por dos motivos principales: primero porque aún es posible que se aplique el Código de Vélez a tenor de lo dispuesto por el artículo 7 del nuevo ordenamiento⁴⁶⁷; y la otra razón es que aún siguen subsistiendo diferencias esenciales entre ambos regímenes⁴⁶⁸, más allá de dicha pretensión unificadora, tales como, por ejemplo, la regla de la previsibilidad contractual (art. 1728 del nuevo Código). Por ello emprenderemos su estudio teniendo en consideración al principio el Código de Vélez para después finalizar con el nuevo Código Civil y Comercial ya vigente en Argentina, amén de las menciones que siempre hacemos de los otros ordenamientos jurídicos en especial el español.

Entonces, y considerando la situación bajo el imperio del Código de Vélez, lo concerniente a si la responsabilidad civil del profesional del Derecho frente al cliente derivada de una mala práctica “legal” ha de juzgarse al son de los principios contractuales o extracontractuales, repetiremos⁴⁶⁹: *la responsabilidad civil profesional del abogado por un defecto -mal cumplimiento o incumplimiento- en su prestación es “siempre”, de cara a su ex cliente⁴⁷⁰, de naturaleza contractual*, pues en este caso se estaría transgrediendo deberes de

⁴⁶⁷ También es factible que las propias partes, al celebrar el contrato de prestación de servicios profesionales jurídicos pidan la aplicación, en caso de incumplimiento -o defectuoso cumplimiento del mismo-, de las normas del Código de Vélez, ello en uso de su libertad contractual, cláusula que deberá ser respetada como “ley” entre las partes (dado la fuerza “normativa” del contrato, amén de su fuerza obligatoria o vinculante).

⁴⁶⁸ De hecho, en los propios Fundamentos del Anteproyecto, luego devenido en Proyecto y finalmente en Código, puede leerse que La Comisión reformadora enseña que “En materia de reparación, y siguiendo los proyectos anteriores, se recepta la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual... La tesis que se adopta es la *unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica homogeneidad, ya que hay diferencias que subsisten*. Con la solución que proponemos se unifican claramente los supuestos que han generado dificultades serias, como ocurre con los daños a las personas en el ámbito de la responsabilidad contractual (ejemplo, responsabilidad médica). En cuanto a la problemática derivada del incumplimiento, queda regulada en el campo obligacional y contractual. Frente al incumplimiento, el acreedor persigue la ejecución forzada para obtener la prestación y, si no es posible o no lo desea, pretende una indemnización sustitutiva. Ello exige diferenciar, dentro del espectro de los daños resarcibles, el valor de la indemnización originariamente pactada, de los otros perjuicios que se sufren. La primera indemnización es el equivalente de la prestación debida, también denominada *aestimatio rei, o id quod interest*. La naturaleza de esta pretensión ha dado lugar a dos posiciones diferentes... (Se concluye diciendo que) *el problema tiene solución práctica si establecemos una regla general para la unificación de los ámbitos de responsabilidad y una regulación especial para el cumplimiento de la prestación comprometida mediante un contrato. En la propuesta que se hace se distingue la problemática del incumplimiento y su ejecución, regulada en el campo de las obligaciones y contratos, de los demás aspectos regulados, que se incluyen en la responsabilidad por daños*”; ver los mentados Fundamentos en *Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto 191/2011. Presentación del Proyecto por Ricardo Luis Lorenzetti*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2012, págs. 655 y 656; y RINESSI, Antonio Juan y REY, Rosa Nélica, “Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual. Principios generales”, en *Revista de Derecho de Daños, 2015-2. Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, pág. 95. La cursiva y lo señalado entre paréntesis nos pertenece.

⁴⁶⁹ Acaso convenga recordar que “nuestros primeros repertorios jurisprudenciales exhiben el criterio de que la responsabilidad de los que ejercen profesiones liberales es de naturaleza extracontractual, siguiendo la postura que predominó la primera etapa en el derecho francés. La razón de este encuadre jurídico radicaba en que el profesional goza de una libertad particular en el ejercicio de la profesión, que hace que la ley imponga una obligación por encima del contrato, de conformar su conducta, cuidadosamente a las reglas de la técnica que emplea; si falta a esas reglas ocasionando un daño, viola la ley, independientemente de que a la vez viole el contrato”, conf. PARELLADA, Carlos A., *ob. cit.*, págs. 65 y 66 y doctrina allí citada. Con mayor precisión hay que puntualizar que fue por obra de JOSSERAND -expuesta en una ponencia- que la Corte de Casación francesa -Cámara Civil-, en la sentencia del 20 de mayo de 1936, vino a situar la responsabilidad médica en su lugar correcto: el de la responsabilidad contractual. Ver MAZEAUD, Henri y LÉON – TUNC, André, *ob. cit.*, t. 1ero, vol. 1, 1962, n° 148, págs. 205 y s.s.; y t. 1ero, vol. 2, n° 510, pág. 170. Recordemos que los hermanos MAZEAUD fueron discípulos de JOSSERAND, y en este punto realzan la figura de su maestro; pero en el atinente a la cuestión central en materia de responsabilidad, siguen la visión culpabilística (o subjetivista) pregonada por CAPITANT, su otro maestro que tanto iluminó sus doctrinas.

⁴⁷⁰ Por supuesto que si el daño se causa no al cliente (ex cliente), sino a un tercero -vg. la contraparte, un testigo o perito, etc.-, ya la situación se regularía por los principios imperantes en el subsistema extracontractual o

índoles específicos -los derivados de la *lex artis* jurídica-, y los sujetos son bien diferenciados. Pues, *ante casos de violaciones de obligaciones específicas con sujetos determinados corresponde la aplicación del régimen de responsabilidad contractual*, cuestión harto distante a aquella en que se transgrede deberes generales (*neminem laedere* o *alterum non laedere*) y los sujetos recién toman contacto a través del daño, se conocen con motivo del hecho ilícito acaecido.

Mantenemos tal posición “contractualista” con independencia del contrato singular que se puede haber gestado en la relación⁴⁷¹, debiéndose aplicar las reglas contractuales aún si no se hubiere concretado ningún acto jurídico bilateral patrimonial. Incluso somos partidarios de esa idea, sea que la prestación del abogado haya sido realizada -o incumplida o mal cumplida- en *sede judicial o extrajudicial, ya en forma de patrocinio letrado, ya revestido como apoderado* -cuestión, esta última, que no depara dudas-.

También entendemos que debemos aplicar los principios contractuales así se hubiere incumplido la *obligación principal del letrado*, como ante las violaciones de las *obligaciones accesorias y de los deberes complementarios de conducta*⁴⁷². Incluso, se aplicarían los principios contractuales si se violasen los llamados “*deberes de protección o seguridad*”, para quienes creen aplicable esta sub-categoría a la prestación del letrado⁴⁷³. Todo ello integra el “contrato de prestación de servicios profesionales” y no tiene relevancia si se transgrede una u otra “obligación”⁴⁷⁴.

De hecho, *mantenemos esta naturaleza contractual ante probables responsabilidades nacidas antes de la conclusión del contrato (responsabilidad precontractual)*⁴⁷⁵ o *después de finiquitado tal vínculo (responsabilidad postcontractual)*.

aquiliano. En igual sentido, ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, “La responsabilidad civil de jueces...”, *cit.*, pág. 31; CRESPO MORA, María Carmen, *ob. cit.*, pág. 68.

⁴⁷¹ En este sentido se ha resuelto que si bien las simples consultas se consideran locación de servicios, “En el ejercicio profesional de la abogacía... se aplican los principios generales en materia de responsabilidad contractual, ya sea desde la perspectiva de la locación de servicios, o de la locación de obra”, Cámara de Apelaciones Segunda en lo Civil y Comercial de La Plata, López, César c. G., G. s/Daños, 01/09/1992, en SCHWARZBERG, Carlos, PENNINO, Luis, “Responsabilidad civil del abogado”, *RCyS*, 2009-VII, págs. 28 y s.s.

⁴⁷² Hablando de los deberes de corrección y buena fe, y con la mirada puesta en los contratos de servicios profesionales, se ha señalado con acierto que por autónomos que éstos sean, “no dejan de ser exigencias de carácter contractual. El art. 7 del Cód. Civil ordena el ejercicio de los derechos subjetivos en consonancia con la buena fe, y por ello mismo el contrato no sólo obliga a lo expresamente pactado, sino también -hay que repetirlo hasta la saciedad- a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1258). Tener, pues, informado al cliente, aconsejarle, serle fiel y correcto, son exigencias de la solidaridad social, de la propia garantía constitucional de respeto a la personalidad, seguridad, dignidad y libertad de la persona... valores todos ellos supremos del ordenamiento jurídico, y que encuentran su plasmación precisamente en los contratos a través de los principios de corrección y buena fe”, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, *cit.*, pág. 312. Recordemos, además, cuando citamos a este autor al clasificar las obligaciones que le incumben al abogado, y entenderemos más aún su posición, la cual en este punto nos aproxima sobremanera.

⁴⁷³ En tal sentido se ha dicho que el contenido de la deuda del abogado también se integra con el *deber de seguridad*, es decir con aquel deber que impone la indemnidad de la persona y bienes del acreedor, el que emana fundamentalmente del principio de la buena fe. Tal deber es de fuente contractual -sea expreso o implícito- y es funcionalmente autónomo de los deberes primarios o típicos del negocio, siendo su sentido, en definitiva, “ensanchar” el contenido del contrato a fin de posibilitar la satisfacción íntegra de la utilidad esperada por el acreedor. De hecho puede el abogado cumplir con el plan prestacional asumido (deber primario) actuando con diligencia en el asunto, incluso ganando el pleito, pero puede ocasionar, no obstante, algún daño por violar el deber de seguridad (trabar un embargo abusivo; plantear incidencias inconducentes generando costas, etc.); Conf. BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, “Naturaleza de la relación entre abogado y cliente”, *cit.*, págs. 144 y s.s. Aclaremos que tales autores sostienen que la naturaleza de este deber es “sustancialmente de resultado”, pues abrazan la categoría binaria que nosotros criticamos. Además, este “deber de seguridad, de protección, o de indemnidad” es más típico exigir en la Medicina. Pero lo importante en este lugar es la coincidencia en tanto se proclama que su transgresión hace aplicable los principios contractuales, al haberse *ensanchado* el ámbito del contrato de prestación de servicios profesionales jurídicos. De allí nuestra cita.

⁴⁷⁴ CRESPO MORA, con quien prácticamente coincidimos, señaló que se debe aplicar el sistema de la responsabilidad contractual en todas las situaciones mentadas. Insistimos, siempre que el cliente (ex cliente) demande a su abogado por incumplimiento o mal cumplimiento de su prestación profesional -sea ésta principal o accesoria, se inecute o mal ejecute en sede judicial o extrajudicial, etc.-, se deben aplicar los principios contractuales.

⁴⁷⁵ En igual sentido CRESPO MORA, quien expresó que si bien en los tratos preliminares no estamos en presencia de un contrato, “la relación que entablan el abogado y el cliente durante esta fase puede considerarse análoga o muy cercana a la contractual, razón que justifica la aplicación de las normas contractuales en estos casos. Idéntica solución puede predicarse respecto a los deberes de lealtad (*v. gr.*, el deber de guardar el secreto

Debemos remarcar, por fin, que no estamos solos en esta tesitura. En efecto, en Italia la prestigiosa pluma de VISINTINI -que en este punto nos aproxima- ha manifestado que “La responsabilidad del abogado defensor, como aquella en que puede incurrir el notario, surge también habitualmente con respecto al cliente y, por lo tanto, es de naturaleza contractual por incumplimiento de sus deberes profesionales”⁴⁷⁶.

En la misma postura, y por el camino marcado en Francia por la Corte de Casación en el año 1936, decían los hermanos MAZEAUD -juntos a TUNC- que los abogados “están sometidos al derecho común de la responsabilidad: responsabilidad delictual y cuasidelictual en relación con los terceros: contractual para con sus clientes, sin que haya que distinguir según que la culpa cometida sea profesional o no”⁴⁷⁷. De hecho ya señalamos en una de nuestras primeras citas, que precisamente la materia de la responsabilidad contractual y la extracontractual, que aún mantienen sus diferencias después de la reforma propiciada por la ordenanza 131 del año 2016 al Código napoleónico, aún está pendiente de un debate “parlamentario”⁴⁷⁸.

En Argentina ha escrito con autoridad BUSTAMANTE ALSINA que “La responsabilidad del abogado frente a su cliente es siempre contractual, ya sea que se trate de un asesoramiento legal, intervención directa en alguna gestión o arreglo extrajudicial o el patrocinio letrado o defensa del mismo”⁴⁷⁹.

En este sentido ha expresado Elena HIGHTON que “la responsabilidad es siempre contractual, pues aunque no mediara el acuerdo de voluntades, como ocurre si el médico atiende de urgencia a una persona descompuesta o accidentada en la calle, se trata del ejercicio de una obligación preexistente, nacida de un acto lícito”⁴⁸⁰.

También CASIELLO ha dicho, con razón, que “A esta altura de los ‘tiempos jurídicos’, ya nadie discute que la responsabilidad de los profesionales debe encuadrarse dentro del ámbito contractual”⁴⁸¹. Además señala el estimado profesor casos en los que la doctrina “normalmente” entiende que son regulados por principios aquilianos -médico que asiste a una persona en la vía pública, abogado nombrado como defensor de oficio⁴⁸² de un declarado rebelde-, pero afirma que “aun en estos casos la labor del profesional se realiza en cumplimiento de una obligación de hacer concreta y específica que consiste en brindar al acreedor la asistencia y los servicios que la ciencia y el arte de la respectiva profesión aconsejen, obligación que es la misma que la que hubiera asumido el profesional para con su cliente en razón de un contrato formalmente celebrado”⁴⁸³.

En una tesitura similar -unos cuantos años atrás- LLAMBÍAS afirmaba que la responsabilidad del letrado por el daño sufrido por el cliente y como consecuencia del mal desempeño de la función asumida es la *ordinaria o contractual*, “sin que varíe la naturaleza

revelado con anterioridad al contrato, o el deber de conservar los documentos entregados antes de la perfección del mismo)”, conf. CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado...*, cit., pág. 251.

⁴⁷⁶ VISINTINI, Giovanna, *Tratado de la responsabilidad civil, t. I, cit.*, pág. 321.

⁴⁷⁷ MAZEAUD, Henri y Léon – TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. 1ero, vol. 2, n° 515, pág. 190.

⁴⁷⁸ En efecto, dijimos que la cuestión de la responsabilidad civil apenas fue modificada por dicha ordenanza y en estos momentos está siendo objeto de debate parlamentario, pues no fue “prácticamente” incluido este tema en la ordenanza del 10 de febrero del año 2016. Ver los arts. 1240 y s.s. del Código según la ordenanza de febrero del año 2016, que solo trata sobre la responsabilidad extracontractual en general (pero en forma muy elemental) y el art. 1245 sobre la responsabilidad por los productos defectuosos. De hecho, al comenzar a tratar sobre la responsabilidad extracontractual en general (arts. 1382 al 1386-18 del originario Código napoleónico) se aclara que la reforma de la responsabilidad contractual y extracontractual será objeto de un proyecto de ley ulterior que será debatido en el Parlamento. Ver: *Réforme du droit des Obligations. Un supplément au Code Civil 2016*, Dalloz, 2016, pág. 30.

⁴⁷⁹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 5 ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1987, págs. 440 y 441.

⁴⁸⁰ HIGHTON, ELENA I., “Responsabilidad médica. ¿Contractual o extracontractual?”, *Jurisprudencia Argentina*, 1983-III-659.

⁴⁸¹ CASIELLO, Juan José, “La extensión del deber de reparar en la responsabilidad profesional”, en *Las responsabilidades profesionales, libro homenaje al Dr. Luis O. Andorno*, cit., pág. 172.

⁴⁸² En España también se remarcó que aunque el cliente no pueda elegir al abogado y no le abone, en principio, sus honorarios, no obsta que la responsabilidad de éste sea de naturaleza contractual, conf. ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, “La responsabilidad civil de jueces...”, cit., pág. 32.

⁴⁸³ *Ibidem* cita 620, pág. 173.

de dicha responsabilidad por el hecho de haber asumido un abogado la defensa de una persona por una imposición legal, es decir, sin un contrato previo con su defendido”⁴⁸⁴.

En España también se ha señalado que “la doctrina es unánime (aunque no en todos los casos, dejando a salvo algunos autores situaciones extracontractuales) al considerar que, en la relación Abogado-cliente, si el primero de ellos incumple las obligaciones contratadas, o las que son consecuencia necesaria de su actividad profesional, estamos en presencia de una responsabilidad contractual”⁴⁸⁵.

En esta senda *el Tribunal Supremo en numerosas sentencias resalta el vínculo contractual* (y la consiguiente responsabilidad, lógicamente, también contractual) que une al profesional del Derecho con su cliente, haciendo énfasis en el contrato de arrendamiento de servicios profesionales en el caso de los abogados⁴⁸⁶ y respecto de los procuradores recurriendo, en general, al contrato de mandato⁴⁸⁷, e incluso haciendo mención a un contrato de “gestión” con componentes de esos mentados contratos⁴⁸⁸. Así las cosas, e

⁴⁸⁴ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Tomo IV-B*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1980, n° 2829, págs. 149 y 150.

⁴⁸⁵ Además se remarca que “La doctrina jurisprudencial coincide en encuadrar la relación Abogado-cliente en una relación contractual, en la que una de las partes, en este caso el Abogado, se compromete a prestar un servicio de asesoramiento o dirección letrada a la otra parte, cliente, contra el pago por éste de unos honorarios”, conf. ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, “La responsabilidad civil...”, *cit.*, págs. 29 y 30. Respecto de la responsabilidad del letrado frente a *terceros* derivadas de evacuar opiniones o consejos imperitos recomendamos la obra de FRADES DE LA FUENTE, Eva, “*La responsabilidad profesional frente a terceros por consejos negligentes*”, Dykinson, Madrid, 1999. En dicho trabajo también se afirma que esta responsabilidad debe basarse en la culpa; además sostiene que los requerimientos causales en los casos de acción extracontractual deberán endurecerse (habrán de ser semejantes a los aplicados en el campo contractual), puesto que el perjuicio no resulta directamente del acto del profesional, sino del propio perjudicado quien confió en la opinión del experto para actuar en su propio perjuicio. Incluso dicha autora aconseja dejar la regulación de la responsabilidad profesional a los acuerdos contractuales que medien entre los afectados. Ver, *ob. cit.*, págs. 197 y s.s. (conclusiones). Es muy interesante esta tesis, y en muchos aspectos la compartimos. Sólo aclaramos que cuando el afectado sea justamente un “tercero” ya resultará insuficiente para regular dicha situación el Derecho contractual y los pactos que puedan haber sido celebrados entre el profesional y el cliente, siendo allí, sí, aplicables los principios extracontractuales. Pero insistimos, compartimos este sendero de brindar mayor relevancia a la órbita contractual que a su opuesta en estos casos singulares de responsabilidad profesional, ello independientemente de lo prescripto en el nuevo Código unificado argentino, puesto que aún se mantienen diferencias esenciales entre ambos regímenes responsabilizantes.

⁴⁸⁶ En efecto, son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo español en las cuales hacen alusión al contrato de arrendamiento de servicios (relación cliente-abogado), como por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo (todas de la Sala Primera, de lo Civil) del 4 de febrero de 1992 (RJ 1992, 819); del 17 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8735); 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 357); 25 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1651); 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8587); 7 de febrero de 2000 (RJ 2000, 283); 8 de febrero de 2000 (RJ 2000, 842); 8 de junio de 2000 (RJ 2000, 5098); 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372); 7 de abril de 2003 (RJ 2003, 3003); 8 de abril de 2003 (RJ 2003, 2956); STS del 18 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1682); STS del 23 de marzo de 2007; STS del 18 de julio de 2008, STS del 31 de marzo del 2010 y STS del 21 de noviembre de 2013, entre otras tantas (obviamente también esta doctrina es seguida copiosamente por las Audiencias Provinciales, como se hizo, a modo de ejemplo, en las siguientes resoluciones, a saber: A. P. de Valencia, Sec. 11ª, de fecha 23-12-03; A. P. de Madrid, Sec. 12ª, 12-1-05; A. P. de Barcelona, Sec. 17ª, de fecha 23-9-2009; A. P. de Córdoba, Sec. 1ª, 25-2-10; A. P. de Barcelona, Sec. 1ª, 17-9-13; A. P. de Valencia, Sec. 8ª, 15-1-14; A. P. de Vizcaya, Sec. 4ª, 20-5-14; A. P. de Vizcaya, Sec. 3ª, 11-6-14; A. P. de Madrid, Sec. 11ª, 4-12-14).

⁴⁸⁷ Hacen expresa mención al contrato de mandato (relación cliente-procurador) entre otras estas sentencias: la STS (Sala I) del 4 de abril de 1987 (RJ 1987, 2488); STS (Sala I) del 12 de julio de 2000 (RJ 2000, 6751); STS (Sala I) del 7 de abril de 2003 (RJ 2003, 3003); y la STS (Sala I) del 18 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1682); y la STS del 11 de mayo de 2006 (al igual que también son muchas las sentencias de Audiencias Provinciales que relacionan al procurador con el contrato de mandato, como por ejemplo las de la A. P. de Ciudad Real, Sec. 2ª, de fecha 8-4-14 y A. P. de Valencia, Sec. 6ª, del 10-3-15).

⁴⁸⁸ En efecto, resaltamos *ut supra*, una tendencia relativamente nueva en donde se predica, a modo de síntesis, que el letrado se vincula con su cliente normalmente en el marco de un “contrato de gestión”, que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del *arrendamiento de servicios y del mandato*. Entre tales sentencias vamos a citar las siguientes, comenzando por las del Tribunal Supremo español y terminando con las de las Audiencias Provinciales, a saber: SSTS del 28 de enero de 1998, 14 de julio de 2005, 30 de marzo de 2006, del 23 de mayo de 2006, del 27 de junio de 2006, 26 de febrero de 2007, 2 de marzo de 2007, 21 de junio de 2007, 18 de octubre de 2007, 22 de octubre de 2008 y 12 de mayo de 2009. De las Audiencias Provinciales citaremos las siguientes: A. P. de Madrid, Sec. 20ª, sentencia del 2-3-10; A. P. de León, Sec. 2ª, 9-9-10; A. P. de Barcelona, Sec. 17ª, 16-12-14; A. P. de Ciudad Real, Sec. 2ª, 8-5-14; y, finalmente, la sentencia de la A. P. de Asturias, Sec. 7ª, 5-3-15, en donde, dicho sea de paso, se menciona al Proyecto de Reforma del Código Civil -con actual tratamiento legislativo- que ya contempla un “contrato de servicios”. Pueden verse tales sentencias en LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *Selección de Jurisprudencia. Responsabilidad civil de abogados y procuradores. Responsabilidad Civil y Seguro*, Editorial SEPIN, Madrid, 2016, págs. 27, 28, 38, 51, 58 y 86.

independientemente del contrato singular, siempre se hace alusión a una responsabilidad de tipo contractual⁴⁸⁹.

Por cierto que ahora la doctrina en forma ampliamente mayoritaria entiende que la responsabilidad civil -del abogado o del médico- es “por lo general” de índole contractual⁴⁹⁰ de cara a su contratante -ex cliente, o ex paciente-. En nuestra tesitura, insistimos, *la responsabilidad del abogado frente a su ex cliente es siempre contractual, aún en aquellos casos de responsabilidad de abogados de compañías de seguros, pertenecientes a los consultorios jurídicos gratuitos o designados de oficio, ocasiones éstas que habitualmente se citan -tanto en Argentina cuanto en España- como ejemplos de relación extracontractual*. Aclaremos que respecto del Derecho argentino, y únicamente si se aplicase el Código de Vélez, cuando del incumplimiento -o defectuoso cumplimiento- obligacional se “degenere en delito del derecho criminal”, la situación ha de regirse al tenor de los principios aquilianos⁴⁹¹, pero ello por imperio del artículo 1107 del Código Civil⁴⁹² recientemente derogado, y no porque exista verdadera naturaleza extracontractual en la relación⁴⁹³.

Claro que encasillar a la responsabilidad civil del abogado frente a su cliente en una u otra órbita tiene importantes consecuencias prácticas. De hecho ALTERINI nombró una

⁴⁸⁹ Como se dijo *ut supra*, la “Propuesta” de reformas al Código Civil español realizada por autorizados profesores mantiene la típica dualidad de regímenes diferentes de responsabilidad: contractual/extraccontractual. También señala, al tratar el tema del incumplimiento, que éste se configura cuando el deudor no realiza exactamente la prestación *principal o cualquier otro de los deberes* que resulten de la relación obligatoria, según su artículo 518-1. Ver: *Propuesta de Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Tecnos, Madrid, 2018.

⁴⁹⁰ Ver, entre otros tantos autores, TRIGO REPRESAS, Félix A., *Responsabilidad civil del abogado*, 2ª reimpression de la 1ª edición, Hammurabi, Bs. As., 1996, págs. 122 y s.s. Debemos aclarar que el citado autor - uno de los pocos que en Argentina ha encarado el tema desde una visión general- enumera varias situaciones en donde excepcionalmente se regularían por las disposiciones extracontractuales, además de participar de la opinión mayoritaria que confiere al acreedor víctima una opción entre la vía aquiliana o la contractual cuando se ha degenerado el incumplimiento contractual en delito penal, o incluso delito civil, siguiendo en este punto al maestro Jorge Joaquín Llambías. Claro está que nosotros no participamos de esa tesis. En igual sentido, entendiendo que la responsabilidad del abogado frente a su cliente es “por lo general” de índole contractual, pero dejando a salvo situaciones extracontractuales: BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, “Naturaleza de la relación entre abogado y cliente”, *cit.*, págs. 134 y 135; CASTRO DURÁN, Ricardo Manuel, “Los pactos limitativos de la responsabilidad civil del abogado”, *cit.*, pág. 154; COMPIANI, María Fabiana y STIGLITZ, Rubén S., “De algunas responsabilidades profesionales y su cobertura asegurativa”, publicado en *RCyS*, 2007, págs. 205; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, págs. 544 y 545; PETTIS, Christian R., “La caducidad de la instancia y la responsabilidad civil consecuente de los profesionales intervinientes”, *La Ley*, 2006-B, págs. 580 y s.s. Bajo la vigencia del nuevo Código argentino Boragina y Meza igualmente señalan, respecto del abogado, que “En principio su responsabilidad será *contractual*, aunque, a nuestro modo de ver, se mantienen los supuestos excepcionales de responsabilidad *aquiliana* antes señalados (por caso, los nombramientos de ‘oficio’ o de patrocinio gratuito)”, conf. BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, “La responsabilidad del abogado frente al cliente en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2016-3, *Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, págs. 208.

⁴⁹¹ Recuerdan expresamente esta regla propia del sistema argentino recientemente derogado, ANDORNO, Luis O. “La responsabilidad de los abogados en los Proyectos de Reforma del Código Civil”, *cit.*, pág. 166 y GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “La responsabilidad profesional del abogado y el resarcimiento del daño moral”, publicado en *RCyS*, 2005, págs. 480 y s.s. Este último autor comparte la tendencia mayoritaria que acordaba en tal circunstancia -incumplimiento contractual que degenere en delito penal- una opción excepcional o restringida que tendría el damnificado para optar en bloque por los principios del régimen aquiliano o contractual.

⁴⁹² Ver nuestra *Visión crítica...*, *cit.*, cap. II, págs. 69 y s.s. y *Curso de Responsabilidad civil...cit.*, UNSTA, 2014, págs. 83 y s.s.

⁴⁹³ Es importante aclarar que si bien España no cuenta con un artículo similar al 1107 del Código Civil argentino, no obstante los problemas que se suscitan en uno y otro país son semejantes. Así, se ha dicho que en los últimos años un sector de la doctrina, seguido por copiosa jurisprudencia, “ha mantenido que una conducta puede implicar, a la vez que un incumplimiento de un contrato, una infracción del principio inspirador de la culpa aquiliana de no causar daño a otro o también puede éste producirse fuera del estricto ámbito del contrato. Para evitar en estos casos los problemas de denominación de la acción se acuñó la teoría de la unidad de la culpa civil que, en definitiva, sostiene que la ‘causa petendi’ se identifica con los hechos sustanciadores de la pretensión y que, sin variar los mismos, cuyo respeto exige el principio dispositivo, puede el Tribunal aplicar la norma jurídica que estime conveniente y basar su resolución en los preceptos reguladores de la culpa extracontractual cuando se invocó la contractual y viceversa; doctrina recogida en numerosa jurisprudencia (SS. 28-12-98 -RJ 1998, 10161-, 3-5-99 -RJ 1999, 3426-, 12-2-2000 -RJ 2000, 820-, 7-11-2000 -RJ 2000, 8678-, 3-11-2001 -RJ 2001, 9856-, etc.)”, conf. ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, “La responsabilidad civil de jueces...”, *cit.*, pág. 31.

veintena de diferencias entre estos regímenes bajo el imperio del Código de Vélez⁴⁹⁴. Por nuestra parte, entendemos que las principales diferencias⁴⁹⁵, teniendo en consideración el derogado Código Civil, radicaban en cuanto a la prescripción aplicable⁴⁹⁶, la prueba de los “presupuestos” de responsabilidad -en particular la culpa-⁴⁹⁷ y a la extensión del resarcimiento debido al ex cliente⁴⁹⁸.

También, por supuesto, en su momento confirmamos nuestros votos para que de una vez por todas se supere este deplorable tecnicismo jurídico y se unifiquen ambos regímenes de responsabilidad⁴⁹⁹, -evitando, así, todas estas discusiones-, camino seguido por los últimos Proyectos de Código Civil y Comercial, incluido el que actualmente es ley vigente (ley 26.994)⁵⁰⁰.

⁴⁹⁴ Si bien este autor nos dice que señalará una veintena de diferencias entre ambas órbitas, podemos observar que en puridad nos indica veintidós diferencias, las que se refieren a: 1) la distinta génesis que tiene la responsabilidad contractual respecto de la extracontractual; 2) su diversa estructura; 3) acerca del discernimiento requerido; 4) las condiciones del deudor; 5) contenido patrimonial de la prestación; 6) daño moral; 7) fundamento de la responsabilidad; 8) carga de la prueba de la culpa; 9) dolo; 10) mora; 11) fundamento de la responsabilidad refleja por hecho ajeno; 12) cláusula penal; 13) asunción del caso fortuito; 14) reducción de la responsabilidad; 15) cláusulas de irresponsabilidad; 16) prescripción; 17) competencia por razón del lugar; 18) competencia por razón de la materia; 19) ley aplicable por razón del lugar; 20) ley aplicable por razón del tiempo; 21) personas jurídicas; 22) extensión de la responsabilidad. Si bien el mismo autor resta importancia a algunos distingos señalados, sobre todo a partir de la reforma que al Código Civil argentino significó la Ley 17.711 del año 1968, remitimos a dicho estudio por la cantidad de diferencias encontradas, a pesar que se sepa que en realidad sólo algunas de éstas son las que tienen verdadera envergadura como lo remarcamos en el texto y máxime teniendo presente lo regulado ahora en el nuevo Código que reduce aún más tales distingos. Ver, entonces, ALTERINI, Atilio Aníbal, *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil. Contornos actuales de la responsabilidad civil*, 3ª edición, 1ª reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, n° 23 y s.s., págs. 35 y s.s.

⁴⁹⁵ Ya señalamos que tales eran las principales diferencias en nuestra *Visión crítica a las cuestiones centrales de la responsabilidad civil*, *ob. cit.*, pág. 71.

⁴⁹⁶ Podemos afirmar que en general la prescripción liberatoria tiene un plazo más prolongado en el régimen contractual que en el aquiliano. En Argentina, bajo el imperio del Código de Vélez, si no existía una norma expresa que disponga otro plazo, la prescripción en el ámbito contractual (la residual) es de 10 años (art. 4023 Cód. Civ.), mientras que en el extracontractual es de solo dos años (art. 4037 Cód. Civ.). En España es todavía más radical esta diferencia, que estriba en quince años para el contractual y un año en el aquiliano. Así, en Argentina y específicamente referido a nuestro tema y enfocada la cuestión según lo determinado en el Código de Vélez, se ha resuelto que el derecho de los clientes a reclamar el resarcimiento por el incumplimiento contractual en que habría incurrido el letrado demandado -justamente por tener su pretensión acogida en los principios que imperan en la órbita contractual- “prescribe a los diez años, contados desde el momento en que se conoció el accionar imputado negligente y el daño infringido”, conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 13-12-2004, “Burriel, Alfredo H. c/C. de M., G. Y.”, *La Ley*, 2005-B, 354. Ver también en: PREVOT, Juan Manuel, *ob. cit.*, pág. 449. En el Derecho español puede verse, con especial referencia al supuesto específico de nuestro estudio, CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil*, Thomson Civitas (Editorial Aranzadi S.A.), Navarra, 2005, nota 1, pág. 67. Además, es digno recordar la STS (Sala I) de 8 de febrero de 2000 (RJ 2000, 842) en la cual expresamente dice que la sentencia parte de la existencia de un contrato de arrendamiento de servicios profesionales, “y, por ende, con toda razón califica la responsabilidad como contractual, siendo de aplicación el plazo quincenal previsto en el artículo 1964 Cc...” (F. D. 3º). Este criterio, el de aplicar la prescripción de quince años, por entender que estamos en el ámbito contractual, es seguido en numerosas sentencias, emanadas, tanto del Supremo, cuanto de las Audiencias Provinciales, sin importar tanto el tipo de contrato de que se trate. Ver, por ejemplo, la STS, Sala Primera, de lo Civil, del 18 de julio de 2008, en la cual también se analiza en forma correcta, el principio *iura novit curia*.

⁴⁹⁷ Se puede sostener que en general es más fácil para el actor -ex cliente en nuestro caso- probar los presupuestos responsabilizantes en el ámbito contractual que en el extracontractual, incluida la cuestión referida a la culpa del profesional. Ello es así, por regla, pero debe tenerse presente lo que resaltamos más adelante referido a la clasificación de las obligaciones en de medios y resultado, las modernas teorías probatorias e incluso algunas disposiciones particulares aplicables solamente, ya sea en el subsistema aquiliano, ya sea en el contractual (vg. los artículos 1726 y 1728 del nuevo Código Civil y Comercial).

⁴⁹⁸ También como regla diremos que la extensión del resarcimiento debido por el deudor es más amplia si se aplican los principios aquilianos y no los contractuales. Es decir que el sindicado como responsable deberá hacerse cargo de otros tipos de consecuencias si recurrimos a las normas extracontractuales. Tal función de la causalidad, referida al *quantum respondeatur*, la tratamos en especial en el capítulo cuarto, primera parte, de esta tesis.

⁴⁹⁹ Ver: ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Responsabilidad civil de los profesionales”, en *Temas de responsabilidad civil*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, Bs. As., 1995, pág. 187. Allí estos distinguidos juristas citan diez Congresos Jurídicos en los cuales se concluyó a favor de la unificación de los regímenes de responsabilidad. Entre estos mencionamos los siguientes: III Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, Argentina, 1961; V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario 1971; Jornadas Nacionales sobre Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales, Bs. As. 1986; XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bariloche 1989, entre otros tantos realizados.

⁵⁰⁰ En este sentido se ha dicho que “La tendencia mayoritaria de los autores se muestra partidaria de unificar los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual, y consecuentemente sus efectos jurídicos

De hecho, este nuevo Código tiene un plazo “común”⁵⁰¹ único de prescripción para solicitar el reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil, tal el de tres años (conf. al artículo 2561, 2do párrafo, CCyC).

No obstante, y como lo venimos anunciando, más allá de esa pretendida unificación de órbitas o sub-sistemas responsabilizantes, no debe perderse de vista que todavía en la nueva legislación existen diferencias patentes, entre ellas la referida a la extensión del resarcimiento debido. En efecto, si se está en presencia de un caso que otrora se subsumía bajo los principios del régimen extracontractual (ya sea delictual, sea cuasidelictual) se debe aplicar la regla que emana del art. 1726 del nuevo Código, el cual, amén de receptar a la teoría de la causalidad adecuada (ello aplicable al *an respondeatur*, a la causalidad como fundamento de la responsabilidad), determina que salvo disposición en contrario se deben indemnizar las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles (a su turno el art. 1727 define a estos tipos de consecuencias al igual que lo hizo Vélez en el art. 901 del Código Civil).

Ahora bien, si se trata de un daño que deriva del incumplimiento o mal cumplimiento de un contrato -como sucede en estos casos de responsabilidad del letrado, a no ser que el daño lo solicite un tercero y no su ex cliente-, ya allí se aplicará la regla de la “previsibilidad contractual” que establece el art. 1728 (con cierto parentesco con el art. 1107 del Código Civil español de 1889). Dicha norma determina que “*En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento*”.

Por otro lado, es lógico que siempre será más fácil producir las pruebas de los presupuestos responsabilizantes cuando se cuente con la plataforma de un contrato -incumplido o mal cumplido-.

De allí que si bien la idea del nuevo Código argentino pase por la unificación de los regímenes responsabilizantes (vg. el art. 1716 determina que “*La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código*”), algunas diferencias esenciales aún seguirán necesariamente subsistiendo⁵⁰².

En cuanto a la probable aplicación de la clasificación que divide a las obligaciones en de medios y resultado (con lo que ello puede influir respecto de a quién le corresponderá acreditar la culpa, la no culpa, o el *casus*), e incluso la posibilidad de aplicar a estos casos la doctrina de las cargas dinámicas de las pruebas, serán cuestiones que analizaremos *infra*;

(consecuencias reparables, plazos de prescripción, etc.)”, conf. RINESSI, Antonio Juan y REY, Rosa Nélida, “Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual. Principios generales”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2015-2. *Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, págs. 87 y s.s. Es claro que el tema de las consecuencias o daños reparables no ha logrado unificarse, tal como lo dejamos debidamente señalado en el texto (arts. 1726 al 1728).

⁵⁰¹ Decimos plazo “común” (dejando a salvo el plazo “genérico” de cinco años que prevé el art. 2560 del nuevo Código, excepto que esté previsto uno diferente) pues lógicamente existen muchas situaciones particulares que tienen otro plazo distinto de prescripción. Por ejemplo, la prescripción es de dos años si se reclama la reparación derivada de accidentes de tránsito, así como para interponer la demanda de “Derecho común”, en materia de accidentes y enfermedades de trabajo (art. 2562, inc. b), así como para reclamar los daños derivados del transporte de personas y cosas (art. 2562, inc. d). También es de dos años la prescripción para reclamar los daños causados por lesiones al honor, intimidación e imagen. Al tanto que es de un año para ejercer la reclamación contra el constructor derivada de ruina total o parcial, sea ella provocada por vicio de construcción, del suelo o mala calidad de los materiales, plazo que se computa desde que se produjo la ruina. Además, el mismo artículo 2561 que establece el plazo común de tres años para reclamar los daños derivados de la responsabilidad civil, determina la prescripción de diez años para reclamar los daños causados a la integridad sexual de las personas incapaces, cuyo cómputo comenzará a partir del cese de la incapacidad. Por otro lado, se determina en ese mismo artículo del nuevo Código que las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles (ver arts. 2560 a 2564 del nuevo Código Civil y Comercial).

⁵⁰² Ya señalábamos todo eso en PADILLA, Rodrigo, *Curso de responsabilidad civil...cit.*, pág. 110; ver también PADILLA, Rodrigo, “Cuestiones generales de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial”, *Revista de Anales de Legislación Argentina*, Luis F. P. Leiva Fernández (Director), Año LXXV, n° 27, octubre de 2015, La Ley, Buenos Aires, pág. 173.

igualmente analizaremos en otro capítulo la extensión de responsabilidad que conformará la obligación de resarcir debida por el letrado imperito.

2.6. La famosa clasificación binaria de las obligaciones en de medios y resultado, ¿es una teoría que hoy deba aplicarse⁵⁰³?

Cuadra ahora investigar acerca del tema relativo a la archiconocida clasificación binaria de las obligaciones en de medios y resultado, ¿qué no se habrá dicho al respecto!⁵⁰⁴ Aquí nos debemos detener para indagar sobre esta crucial cuestión. Imploramos, por lo tanto, paciencia a nuestros sufridos lectores.

Para poner un poco de orden en este tema dividiremos las cuestiones a tratar en la siguiente forma: a) origen de esta clasificación; b) acerca de la definición de las obligaciones en de medios y resultado; c) criterios usados para su distinción; d) finalidad perseguida por los partidarios de esta clasificación; e) ¿Cómo se regula esta cuestión en el nuevo Código Civil y Comercial argentino?; f) Algunas conclusiones provisionales; g) nuestra postura al respecto: su superación en el campo procesal: determinación legal, presunciones judiciales y distribución dinámica de las pruebas, y en el ámbito sustancial: la *lex artis ad hoc*.

2.6.1. Origen de la clasificación:

El origen de esta clasificación, hay que reconocerlo, aún no está muy definido. En efecto, hay autores que sostienen que ya los romanos conocían tal distinción⁵⁰⁵. También se dijo que su génesis pudo haber estado en la doctrina antigua alemana, o en autores franceses clásicos.

Con más precisión, estudiosos en la materia han puesto de relieve que tal categorización fue vislumbrada por BERNHÖFT⁵⁰⁶ en el año 1889 mientras comentaba el proyecto del Código Civil alemán. Luego fue FISCHER⁵⁰⁷ quien las bautizó como obligaciones subjetivas y objetivas, términos que no han tenido más que una crítica unánime

⁵⁰³ Tocamos este tema en nuestra monografía titulada “La responsabilidad civil del abogado y las obligaciones de medios y resultado”, publicado en *Revista de responsabilidad civil y seguros*, Atilio A. Alterini (Director), año VIII, N° IV, abril de 2006, La Ley, Buenos Aires, págs. 26 y s.s. Dicho sea de paso, tal trabajo resultó premiado, en primer lugar -para nuestra sorpresa-, en el concurso de monografías jurídicas organizado por el Colegio de Abogados de Tucumán en el año 2005.

⁵⁰⁴ Son numerosísimas las teorías que se formaron respecto de esta binaria clasificación de obligaciones. Aquí sólo podremos pasar revista de algunas de ellas. Mucho depende en la elaboración de éstas de lo que sus autores entienden por conceptos elementales, tales como los de: obligación, contrato, contenido y objeto de los contratos y obligaciones, prestación, fin o interés del acreedor, etcétera.

⁵⁰⁵ Conf. MAZEAUD, Henri, “Essai et classification des obligations: Obligations contractuelles et extra-contractuelles, obligations déterminées et obligations générale de prudence et diligence”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1935, n° 28. También se ha señalado que esta distinción ya fue esbozada en el Derecho Romano, en tanto que existían contratos en los cuales la prestación era precisamente determinada, y otros que únicamente exigían la actuación de buena fe del deudor, conf. ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de las Obligaciones. Civiles y Comerciales*, 4ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 499.

⁵⁰⁶ BERNHÖFT, K., “Kauf, Mieth und verwandte Verträge”, quad. XII en *Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs einer BGB für das deutsche Reich*, dirigido por E. I Bekker y O. Fischer, Berlín, 1889, pág. 17. Fue este autor alemán “quien señaló la necesidad de diferenciar las relaciones obligatorias según la correspondencia o no del objeto de la obligación al resultado esperado por el acreedor, teniendo en cuenta que “toda relación obligatoria implica una tensión de la voluntad del deudor en dirección a un resultado determinado”. Ver SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *ob. cit.*, pág. 164, nota 47, quien sigue a LEGA, C., *La diligenza del lavoratore*, Milán, 1963, pág. 7. Con otra “traducción” -y con más detalles- se ha dicho que tal jurista alemán indicó que “toda relación obligatoria implica una tensión de la voluntad del deudor en dirección a un cierto resultado. Sin embargo, la relación puede ser de tal carácter que el deudor sólo se vea obligado a hacer cuanto pueda para alcanzar el resultado, y con ello se libera independientemente de la efectiva consecución del fin. Pero si la obligación contempla el resultado por sí mismo, la misma no se extingue hasta que el resultado no se haya obtenido, salvo el caso de la imposibilidad sobrevenida. En las obligaciones de la primera especie, también la imposibilidad subjetiva libera al deudor, con tal de que haya tenido lugar por causas que no le son imputables”, conf. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, *cit.*, págs. 333 *in fine* y 334. Más allá de alguna diferencia en cuanto a la cita original (su artículo e incluso el nombre del autor), lo cierto e indiscutible es que fue este jurista, en aquella época, el que descubrió la “materia prima” con la que trabajaría durante más de un siglo la doctrina universal -al menos la occidental- para elaborar y marcar los perfiles exactos de esta polémica clasificación obligacional.

⁵⁰⁷ Conf. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993, pág. 16.

posterior⁵⁰⁸. Después tal categorización fue acogida por otros autores alemanes como BEKKER y HARTMANN⁵⁰⁹.

Todavía cuadra mencionar a los autores italianos OSTI y LEONE⁵¹⁰ como precursores de esta doctrina; e incluso se han encontrado rastros de esta distinción en las obras de DOMAT, GLASSON, GABBA y PLANIOL⁵¹¹. Lo que no puede negarse, y nadie lo hizo, es que fue René DEMOGUE⁵¹² quien las sistematizó, haciéndolas, así, conocidas al mundo jurídico⁵¹³.

2.6.2. Acerca de la definición de las obligaciones en de medios y resultado.

En términos generales, se entiende por obligación de medios⁵¹⁴ aquella en la cual el deudor se compromete frente a su acreedor a realizar alguna prestación, *sin garantizar el resultado de la misma*. En este tipo de obligación el deudor solo compromete una *actividad diligente*, que tiende al logro de cierto resultado esperado, pero -reiteramos- sin asegurar que éste se produzca.

Por el contrario, por obligación de resultado⁵¹⁵, ha de entenderse aquella en la cual el deudor debe cumplir ante su acreedor la prestación misma que prometió. En este tipo, el deudor “se compromete al cumplimiento de un determinado *objetivo, consecuencia o*

⁵⁰⁸ Y pensar que en su momento fue muy criticada esa denominación, siendo que ahora la mayoría de la doctrina que admite el distingo binario relaciona directamente a la obligación de medios con la responsabilidad o imputabilidad subjetiva del deudor, y la de resultado, la vinculan con factores objetivos. Incluso de esta tendencia se hizo eco el nuevo Código Civil y Comercial argentino (vg. los arts. 1306, 1723, 1768, etc.).

⁵⁰⁹ Ver, por todos y en idioma español, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., págs. 334 y 378 y s.s.

⁵¹⁰ Ver: CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *ob. cit.*, pág. 16 y LLAMAS POMBO, Eugenio, *La Responsabilidad Civil del Médico: aspectos tradicionales y modernos*, Trivium S.A., Madrid, 1988, pág. 70, nota 249.

⁵¹¹ ALTERINI, Jorge Horacio, “Obligaciones de resultado y de medios”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XX, pág. 702.

⁵¹² DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général, T. I (parte préliminaire) y T.V*, Librairie Arthur Rousseau, París, 1921 y 1925, respectivamente. Concretamente aborda este tema en el *Chapitre XIX*, cuando trata lo atinente a “*Rapports de la responsabilité délictuelle avec la responsabilité contractuelle*”, Tomo V de su tratado, n° 1230 y s.s., págs. 523 y s.s. También los ALTERINI remarcan que fue Demogue quien modeló esta clasificación binaria y que no debe ponerse en tela de juicio que a él debe atribuirse la paternidad de esa dicotomía, puesto que “las teorías jurídicas deben ser atribuidas no a quienes tímidamente se atreven a enhebrar algunas solitarias consideraciones, sino a aquellos que con base conceptual definida nutren al mundo del derecho con exposiciones sistemáticas y orgánicas. Este mérito es de Demogue”; ver el comentario que realizan al art. 774 del nuevo Código argentino ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general), ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegetico, tomo IV, arts. 724 a 956. Obligaciones en general. Directores del tomo Félix A. Trigo Represas y Rubén H. Compagnucci de Caso*, La Ley, Buenos Aires, 2015, pág. 228. De hecho, el propio Demogue vinculó “su clasificación” a la diferenciación que había formulado Garraud, respecto de los “delitos materiales y formales”. No obstante, y tal como lo ponen en evidencia los mismos autores que citamos, tal correlación que realiza Demogue entre obligaciones de resultado y delitos materiales, y obligaciones de medios con delitos formales, es muy relativa. Por nuestra parte solo compartimos parcialmente dicha afirmación.

⁵¹³ Quien pretenda estudiar esta cuestión más a fondo, no puede prescindir de las siguientes monografías “clásicas”, además de las citadas en el texto, a saber: MENGONI, “Obbligazioni di ‘risultato’ e obbligazioni ‘di mezzi’ (studio critico)”, *Rivista del Diritto Commerciale*, 1954; FROSSARD, J., *Distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, París, 1965; MARTON, M. G., “Obligations de résultat et obligations de moyens”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1935, págs. 498 y s.s.; PLANCQUEEL, A., “Obligations de moyens, obligations de résultat. (Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve es cas d’inexécution)”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1972, págs. 334 y s.s.

⁵¹⁴ Preferimos llamarlas con ese nombre puesto que ya tiene carta de ciudadanía en la doctrina universal. Otros, en cambio, optan por denominarlas obligaciones de actividad -CABANILLAS SÁNCHEZ-, u obligaciones generales de prudencia y diligencia -MAZEAUD y TUNC-.

⁵¹⁵ Exactamente por la misma razón expresada en la nota anterior preferimos llamarlas de esa forma. Hay quienes la denominan obligaciones determinadas -MAZEAUD y TUNC-, o de fines. Sin embargo, por meras razones didácticas, utilizaremos las expresiones señaladas como sinónimos, al igual que obligación de actividad, mera prudencia y diligencia, o de medios. Sólo renegaremos de la terminología empleada por Henri MAZEAUD al calificar a la obligación de medios, ya que llamarla “obligación general de prudencia y diligencia” es a todas luces inadmisibles jurídicamente pues, entre otros motivos, no puede ser “general” la prudencia debida de una obligación nacida merced a un contrato singular.

" resultado (opus)"⁵¹⁶, asegurando su conquista. Es decir que en esta última categoría *el deudor es garante del resultado de la prestación*⁵¹⁷.

Como puede apreciarse a primera vista, la diferencia de estos dos tipos de obligaciones radicaría en que para cumplir con la obligación de medios, el deudor debe haber realizado un comportamiento diligente o prudente, siendo que se tiene por cumplida la misma por más que no haya conseguido el fin último esperado por el acreedor. Mientras que en las obligaciones de resultado esta finalidad última -o interés definitivo, interés final, resultado propiamente dicho, o efecto- del acreedor se "causaliza", formando parte del "objeto" (o "contenido", para quienes no realizan mayores discriminaciones) de la obligación; por consiguiente, el deudor no se exime si demuestra un actuar diligente, una conducta prudente, pues lo que garantizó es el cumplimiento concreto de la prestación, teniéndose a éste por responsable a no ser que demuestre una causa ajena no imputable a él.

Así presentada la cuestión ofrece numerosos interrogantes: ¿es qué, acaso, en las obligaciones de resultado, no es importante la diligencia empleada por el deudor? En cuanto a las obligaciones de medios, ¿es verdad que se desentienden completamente del resultado? ¿Acaso el "medio" mismo no es un resultado?

En realidad, en toda obligación de resultado, no se descuida -para nada- la diligencia empleada por el deudor, puesto que ésta es inexorablemente necesaria para cumplir la finalidad contractual perseguida. Pregonar lo contrario implica algo empíricamente imposible. Lo mismo quepa decir en cuanto a las obligaciones de medios, puesto que el resultado buscado servirá de guía, fin o camino a seguir de la diligencia consumida o consumada a tal efecto⁵¹⁸. Por ello cierta corriente doctrinaria -y con reflejo en la jurisprudencia- habla de obligaciones de medios, pero de "medios adecuados"⁵¹⁹. Vale decir que *no es irrelevante, ni puede jamás serlo, tanto el resultado en las obligaciones de medios, cuanto el medio en las obligaciones de resultado.*

⁵¹⁶ ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de las Obligaciones. Cit.*, pág. 498. En idéntico sentido, entre tantos autores y trabajos, ver TRIGO REPRESAS, Félix A., "Los distintos roles del abogado: apoderado, consultor, patrocinante. Deberes y responsabilidades en cada caso", *cit.*, pág. 74.

⁵¹⁷ Entiende TRIGO REPRESAS, y con el enfoque puesto en el nuevo Código Civil y Comercial argentino, que serían "obligaciones de resultado", en el ámbito contractual, por ejemplo, las nacidas merced al contrato de compraventa, puesto que tanto el comprador cuanto el vendedor, se comprometen a la realización de un hecho concreto: el pago del precio y la entrega de la cosa vendida, respectivamente; y la denominada obligación de seguridad, implícita en la mayoría de los acuerdos negociales (con fundamento normativo en el principio de buena fe, conf. arts. 9, 961 y 1061 del nuevo Código); y en el ámbito extracontractual, serían deberes jurídicos determinados o de resultado, por ejemplo, los que pesan sobre el dueño o guardián jurídico de una cosa inanimada (arts. 1757 y 1758 del nuevo Código), o de animales (art. 1759), quienes se ven compelidos a asegurar el preciso efecto que tales cosas o animales no causen daños. Mientras que serían "obligaciones de medios", en el ámbito contractual, las obligaciones que en general provienen de la locación de servicios, o las asumidas por ciertos profesionales como los médicos y abogados, quienes no pueden asegurar la curación del enfermo o que se ganará el pleito; y en materia extracontractual, principalmente el deber genérico de conducirse prudentemente de manera de no causar daños a los demás (como diría Ulpiano: *alterum non laedere*), principio que recoge expresamente el nuevo Código Civil y Comercial argentino en el art. 1710. Ver: TRIGO REPRESAS, Félix A. "Los factores de atribución. El rol otorgado a la culpa", en *Revista de Derecho de Daños, 2015-2, Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015, págs. 53 y 54. Es claro que por todo lo que sostenemos en el texto no coincidimos con lo predicado por dicho estimado jurista (recientemente fallecido), sencillamente porque estimamos que toda obligación es de medios y resultado a la vez.

⁵¹⁸ Con criterio que compartimos plenamente ha expresado LORENZETTI con respecto a la mala práctica galena que "el resultado no es extrínseco. Siempre existirá un objetivo de mejora que opera como móvil de las partes, señalando el camino a seguir, orientando las conductas y la naturaleza de los medios para conseguirlo"; ver: LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos, cit.* Tomo 1, pág. 485. Como puede apreciarse en las páginas que siguen, el nuevo Código Civil y Comercial argentino no ha seguido el criterio del propio Presidente de la Comisión de Reformas (y Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la fecha de la elaboración, aprobación y entrada en vigor del nuevo ordenamiento).

⁵¹⁹ Con respecto al profesional de la abogacía concretamente, se ha resaltado que si bien su obligación generalmente es de medios -salvo casos específicos-, pero esa obligación "no se satisface aplicando cualquier medio, sino empleando todos los *medios adecuados*, que las circunstancias aconsejan para lograr el objetivo propuesto", conf. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "Responsabilidad de abogados y procuradores por pérdida de chance", *RCyS*, 2002, págs. 409 y s.s. La cursiva nos pertenece. Además, y como señaló LORENZETTI hablando de la mala praxis médica, "la jurisprudencia se ha orientado en no admitir cualquier medio sino una diligencia con vista a la obtención del resultado, o cuidados tendientes a la curación, o una conducta que 'normal u ordinariamente' pueda alcanzar la curación", LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, Tomo I, *cit.*, pág. 485.

En otro aspecto, es también importante destacar que el medio mismo puede ser enfocado como un resultado, si se quiere, anterior o base del “resultado final”. Es por ello que *somos partidarios de aquella doctrina que afirma que en toda obligación hay medios y fines*. Es decir que todas llevan consigo un medio que apunta a un resultado, siendo este resultado la prestación misma -sea un *dare*, un *facere* o un *non facere*-; y resultando este medio la diligencia empleada por el deudor a tal efecto.

Pero numerosos autores que comparten esta clasificación no se distancian demasiado de las afirmaciones precedentes y sostienen que la razón fundamental de este resistido distingo estriba que en las obligaciones de medios el deudor no se hace responsable por no conseguir el fin esperado por el acreedor, si es que no se le prueba *culpa* o negligencia en su proceder. *Mientras que en las obligaciones de resultado es indiferente el actuar correcto del deudor si es que no alcanzó la finalidad esperada por el acreedor*. Es decir que al primero se lo tiene por incumplidor si es que se constata culpa en su comportamiento -lo que equivale a incumplimiento-, mientras que en las obligaciones de resultado, el sólo hecho de no conseguir el mismo equivale a tener por configurado el incumplimiento, a no ser que demuestre el deudor alguna causa ajena por la que no deba responder.

Todavía cuadra distinguir un aspecto fundamental en esta categorización. En efecto, los autores que la admiten, siendo mayoría, aún no se pusieron de acuerdo si es que en las obligaciones de resultado basta para exonerarse al deudor demostrar su actuar diligente -*prueba de la no culpa*⁵²⁰-, o si sólo probando la presencia de un *casus* logra esta finalidad liberatoria⁵²¹. Al respecto y aunque no compartamos tal clasificación doctrinaria, nos parece más acertado pensar que la “no culpa” no basta para exonerar al deudor que se comprometió a un resultado concreto, debido a que, para ser coherentes con tal distingo, hay que admitir que la diligencia empleada por el deudor en cierto aspecto es irrelevante para eximirlo de responsabilidad, en razón que no se contrató su actuar correcto, prudente, diligente, sino un fin determinado del cual se hacía garante. Entonces pensamos con SAVATIER, LACRUZ, BUERES, VÁZQUEZ FERREYRA, COMPIANI y STIGLITZ entre otros, -pero no sin una importantísima reserva mediante- que el factor de atribución en las denominadas obligaciones de resultado, es objetivo⁵²². Ésta es, dicho sea de paso, también la postura que

⁵²⁰ Gran polémica ha generado entre los más reconocidos juristas el tema de la falta de culpa, ausencia de culpa o “no culpa”. En efecto, se discute acerca de si es posible establecer entre el confin de la culpa y el *casus* un tercer género integrado por esa “no culpa”. Autores como PADILLA en Argentina, o CASTÁN TOBEÑAS y ALBALADEJO en España -por citar algunos-, aseguran que probar la ausencia de culpa da tanto como acreditar el caso fortuito, ergo: es inexistente este pretendido *tertius genus*. Por el contrario, son numerosos los doctrinarios que piensan que “la ausencia de culpa conforma una zona intermedia ubicada a mitad del camino entre la culpa y el *casus*, siendo trascendente en las obligaciones de medios convencionales y en los deberes aquilianos, en los cuales la ley presume la culpa del agente del daño”, conf. BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*, Ábaco, Buenos Aires, 1981, pág. 162. En contra, PADILLA, René A., *Responsabilidad civil por mora*, Astrea, Buenos Aires, 1996, pág. 116 *in fine*, quien se pregunta “¿Cómo se prueba un hecho negativo como la no culpa? Pues demostrando simplemente que se han adoptado las medidas necesarias para evitar el daño, esto es la previsibilidad y actuando con la diligencia que la circunstancia reclama al obligado. Estamos en el umbral de la solución: si el agente demuestra haber tomado las precauciones (previsibilidad) y adoptado una conducta enderezada a evitar el daño (diligencia) y, sin embargo, el hecho dañoso u obstativo de cumplimiento se produce igual, entonces habrá caso fortuito. Con ello queda demostrado que los casos de no culpa necesariamente reconducen a la prueba del caso fortuito, malogrando la doctrina que enseña la distinción entre el *casus* (hecho positivo) y la causa no imputable (hecho negativo)”. Por nuestra parte deploramos disentir en este punto con nuestro padre y maestro, pero creemos que la ausencia de culpa es una causal eximente de responsabilidad válida cuando la imputabilidad se fundamenta en criterios subjetivos (en particular cuando se presume la culpa), mientras que la prueba del *casus* lo que hace directamente es eximir de responsabilidad destruyendo el enlace causal, cualquiera fuere el factor imputativo -vg. riesgo creado, vicio de la cosa, culpa, etc.-. Es decir, la no culpa se mueve en el terreno de la “imputabilidad” (relación daño-responsable-factor atributivo de responsabilidad); en tanto que el caso fortuito cobra operatividad en el terreno de la “causalidad” (relación acción-daño). Lo que no comprendemos es que se pueda llamar a la “no culpa” un *tertius genus*, pues es sólo la contracara de la primera -la culpa-. De no ser así, también debiéramos hablar del “*non casus*” como cuarto género, lo que representa un absurdo total. Puede leerse en este aspecto con provecho el trabajo de ALTERINI, Atilio Aníbal, “El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual”, en Atilio A. ALTERINI y Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Derecho de Daños*, La Ley, Bs. As., 1992, págs. 153 y s.s.

⁵²¹ Léase este fallo para corroborar lo que sostenemos. En efecto, se afirmó que “La presunción de culpa del deudor en las obligaciones de resultado puede tener distinta fuerza, pues mientras en algunos casos cede a la prueba negativa de la ausencia de culpa, en otros sólo puede probarse la culpa de la víctima o de un tercero o el caso fortuito ajeno a la cosa”, conf. C.N.Civ., Sala B, 19-11-2004, “B., R. C. c/N., N. R.”, caso citado por BARBADO, Patricia Viviana, “La culpa. Jurisprudencia Nacional”, *cit.*, págs. 308 *in fine* y 309.

⁵²² Sin dudas el autor que mejor representa este parecer es BUERES, Alberto J., en las siguientes obras de su autoría: *Responsabilidad civil de las clínicas*, *ob. cit.*, págs. 128 y s.s., en especial pág. 134, nota 14; *Responsabilidad civil del escribano*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984, págs. 51 y 52; y en forma contundente

"
consagra el nuevo Código Civil y Comercial en Argentina⁵²³, tal como se pondrá de manifiesto *infra*.

Como vemos, la cuestión es muy compleja. Por ello, ante la diversidad que se observaba en esta clasificación, que en su origen fue binaria, ESMEIN, en el año 1952 distinguió cuatro supuestos en materia de responsabilidad contractual: “aquellos en que la culpa ha de ser probada; aquellos en que se presume, pero el deudor vence la presunción con la prueba de su diligencia; aquellos otros en que dicha presunción se vence sólo con la prueba del caso fortuito, la fuerza mayor o la causa ajena no imputable de que habla el artículo 1147 del Código Civil, y finalmente, aquellos otros (de garantía) en que el deudor responde incluso ante el caso fortuito”⁵²⁴.

DERRIDA también se hizo eco de esta crítica afirmando que la distinción, aún admitida por la jurisprudencia, “no está netamente establecida, a falta de un criterio preciso y de soluciones suficientemente matizadas”⁵²⁵. En épocas más recientes, VINEY *et*

en *Responsabilidad civil de los médicos*, segunda edición, primera reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, T. 1, pág. 80, donde afirma: “en los deberes de resultado la responsabilidad es objetiva; en los deberes de medios la responsabilidad es subjetiva”. Lógicamente ello significa que en las obligaciones de medios el criterio legal de atribución es la culpa. Ver, además, BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, “Naturaleza de la relación entre abogado y cliente”, *cit.*, pág. 137; CASTRO DURÁN, Ricardo Manuel, “Los pactos limitativos de la responsabilidad civil del abogado”, *cit.*, págs. 157; COMPIANI, María Fabiana y STIGLITZ, Rubén S., “De algunas responsabilidades profesionales y su cobertura asegurativa”, *cit.*, págs. 205 y s.s.; DÍAZ, Eduardo A., “Responsabilidad del abogado por la confección de escritos. Casuística jurisprudencial”, en *elDial.com*, Biblioteca Jurídica Online, Suplemento de práctica profesional, 03-02-2010, año XII.

⁵²³ En efecto, el nuevo Código expresa en el artículo 1723 que “*Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva*”. También es importante resaltar que para el novel Código el factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos “*el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario*” (conf. art. 1722).

⁵²⁴ Citado por CABANILLAS SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pág. 144.

⁵²⁵ “Derrida objeta que la distinción es demasiado neta y no corresponde a la realidad social, que es mucho más matizada. En las obligaciones de resultado en las que rige una presunción de culpa, dicha presunción no tiene siempre la misma fuerza: a veces, cede ante la mera prueba negativa de la ausencia de culpa, al demostrar el deudor que ha tenido la diligencia de un buen padre de familia, como en el art. 20 de la Convención de Varsovia de 1929 para el transporte aéreo (Adla, XI-A, 188); habría, entonces, una obligación de resultado atenuada. Otras veces, el deudor no puede desvirtuar la presunción sino demostrando la fuerza mayor, como en las obligaciones de seguridad que incumbe al transportador”, conforme lo relata BELLUSCIO, Augusto César, “Obligaciones de medios y de resultado. Responsabilidad de los sanatorios”, en *La Ley*, 1979-C, pág. 25.

JOURDAIN⁵²⁶, en Francia, SERRA RODRÍGUEZ, en España⁵²⁷ y ALTERINI⁵²⁸, en Argentina, también criticaron tal distinción binaria afirmando que en realidad son muchas las situaciones posibles.

No podemos dar finiquito a este punto sin pasar revista a la doctrina de BUERES que ha gozado de numerosos adeptos, dentro y fuera del territorio nacional argentino⁵²⁹. Nos explica el mencionado jurista que la obligación “tiene por objeto un plan, proyecto o programa de prestación... La prestación es, entonces, la programación ideal de un acontecimiento que se aspira sea realidad en un *posterius*. O dicho de otro modo: el plan o proyecto de una conducta futura del deudor con miras a dar satisfacción a un interés definitivo o fin último del acreedor”⁵³⁰. Tal interés del acreedor, afirma, forma “siempre” parte del “objeto” de la obligación, siendo vital para configurar a ésta.

⁵²⁶ En efecto nos dicen las autorizadas juristas que “Les deux catégories ne sont pas absolument homogènes” y esto lleva à *relativiser la distinction*, hablándonos de *les grades des obligations de moyens*, que serían las *obligations de moyens renforcées et les obligations de moyens allégées*, por una parte, mientras que *les degrés des obligations de résultat* serían las *obligations de résultat atténuées* y las *obligations de résultat aggravées*, respectivamente. Ver: VINEY, Geneviève - JOURDAIN, Patrice, “Les conditions de la responsabilité”, en *Traité de Droit Civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, 2^a Édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., 1998, n° 532 y s.s., págs. 451 y s.s.

⁵²⁷ Con especial referencia a la mala praxis de los abogados ha señalado la autora citada que “en la mayoría de los supuestos de prestaciones de servicios ejecutadas por profesionales nos hallamos ante una complejidad de obligaciones de resultados y de medios, teniendo presente, además, que todo servicio, en cuanto utilidad derivada del comportamiento ajeno, puede ser concebido como un resultado en sí mismo, lo cual pone de relieve la relativa trascendencia práctica de esta distinción”, SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La Responsabilidad Civil del Abogado*, ob. cit., pág. 170. Como observamos la crítica no es tan contundente, pero al menos deja en claro que esta distinción no tiene la importancia que se le asigna, por ello después nos pasa revista de las principales tendencias en materia probatoria que imperan en España, Italia e Inglaterra. También citaremos en esta línea la sentencia del Tribunal Supremo referida a un claro *tertius genus* -dentro de las obligaciones que le incumben al médico- que sería una “obligación de medios intensificada” o de “mayor garantía”, hasta el punto casi de encontrarse con el contrato de obra, alejándose sobremanera del arrendamiento de servicios. Es interesante el caso y recomendamos su lectura y el “comentario de la sentencia emanada del Tribunal Supremo de España de fecha 25 de abril de 1994”, realizado por LLAMAS POMBO, Eugenio. Debemos aclarar, en fin, que en realidad esta doctrina referida a la clasificación binaria de obligaciones, ha tenido un eco muy importante en España. Por ejemplo, entre los autores que estudiaron este tema relacionado con la mala práctica del abogado, están conformes -expresa o tácitamente- con tal distingo dual, los siguientes: ALBANÉS MEMBRILLO, Antonio, “La responsabilidad civil del abogado”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, N° 11, 3^a Época, febrero de 1999, págs. 85 y 86; ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, “La responsabilidad civil de jueces...”, cit., pág. 33; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, *Derecho de Daños*, 2^a ed. corregida, ampliada y puesta al día, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 251; CASADO DÍAZ, Susana, “Jurisprudencia relativa a la responsabilidad civil de los Abogados...”, cit., págs. 1772 y 1773; MULLERAT BALMAÑA, Ramón M., “Responsabilidad civil del Abogado”, en *La Toga -Dossier- Colegio de Abogados de Sevilla*, Abril de 2002, pág.7; MUÑOZ CAMPOS, Juan, “La responsabilidad civil de abogados y procuradores”, en *Centenario del Código Civil, II, Universidad Popular*, Francisco Rico Pérez (Director y Coordinador), Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Políticas, (Universidad Complutense de Madrid) y Universidad de Alicante, 1989, pág. 348, entre tantos otros que no hacen más que reflejar una copiosa jurisprudencia que también admite tal distingo binario.

⁵²⁸ Señala el mencionado jurista que “la doctrina actual distingue entre obligaciones de resultados ordinarias o de régimen normal, y obligaciones de resultados atenuadas o aligeradas, por una parte; y agravadas, absolutas o de régimen severo, por la otra. En las obligaciones de resultado *ordinarias*, el deudor contractual se libera únicamente si prueba el caso fortuito... En las obligaciones de resultado *atenuadas*, en cambio, la prueba de la falta de culpa -o sea de la conducta diligente- resulta bastante para la liberación del deudor... En las obligaciones de resultado *agravadas*, la causa extraña útilmente invocable es calificada: la ley describe con puntualidad los únicos hechos relevantes para la liberación del deudor, a cuyo efecto es insuficiente el caso fortuito genérico”. Ver: ALTERINI, Atilio Aníbal, “El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual”, publicado en Atilio A. ALTERINI y Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Derecho de Daños*, La Ley, Bs. As., 1992, págs. 160 y 161. También nos enseña ALTERINI que la tendencia actual en la doctrina francesa es “aceptar la existencia de presunciones de culpabilidad del deudor en ciertas obligaciones de medios, a las cuales se las rotula como *reforzadas*”, art. cit., pág. 163. En esta misma senda podemos citar un interesante trabajo, no ya de Atilio Aníbal, sino de Juan Martín ALTERINI, quien también nos habla de obligaciones de resultado ordinarias, agravadas y atenuadas, siendo que en general el abogado se obliga frente a su cliente bajo la órbita de estas últimas, es decir que el letrado tendría que demostrar que en la emergencia desplegó una conducta diligente -probar su no culpa-, según su parecer. Ver: ALTERINI, Juan Martín, “La responsabilidad del abogado en el marco de la teoría de las obligaciones de resultado atenuadas”, publicado en RCyS, 2001, págs. 418 y s.s.

⁵²⁹ Por ejemplo, siguen sus enseñanzas, entre otros: AGOGLIA, María M. - BORAGINA, Juan Carlos - MEZA, Jorge Alfredo, *Responsabilidad por incumplimiento contractual*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, págs. 72 y s.s.; BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, “Naturaleza de la relación entre abogado y cliente”, cit., págs. 137 y s.s.; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Responsabilidad civil de los abogados. Daño moral”, J.A., 1992-IV, págs. 616 y s.s.; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, en *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Reus, Madrid, 1993 y *La responsabilidad civil del profesional liberal*, ob. cit.

⁵³⁰ *Responsabilidad de las clínicas*, ob. cit., pág. 130; *Responsabilidad civil del escribano*, ob. cit., pág. 50. También es interesante observar una nota en la que el referido autor defiende su tesis al tanto que refuta a ciertos autores (D’ Alessio, Compiani y Acquarone) que no comparten “plenamente” este distingo binario. Ver:

“Ahora bien, en los deberes de medios, el interés definitivo perseguido es aleatorio, contingente, potencial, de donde el deudor cumple el plan de prestación observando el esfuerzo o actividad debidos. Con ello se agota -o satisface- un interés primario, diríamos, destacable en esta especie de obligaciones”⁵³¹. Luego agrega el autor citado que, a diferencia de lo predicado por muchos defensores de la clasificación binaria, el fin último o interés definitivo del acreedor “integra el objeto de la obligación de medios, pues de lo contrario no se justificaría la celebración del acto jurídico que es causa fuente del deber”⁵³².

Como puede apreciarse en esta teoría podemos encontrar en las llamadas obligaciones de medios un doble juego de intereses “que forma parte del objeto del deber (prestación): un interés final aspirado pero aleatorio, y otro que satisface con el esfuerzo del *solvens* en tanto se traduzca en una actividad prudente y diligente. Este último interés (el primario) basta para que se considere que el proyecto de prestación se ha cumplido. A diferencia de lo anterior, en las obligaciones de resultado la diligencia y prudencia del deudor -que rigurosamente tienen que configurarse- quedan fuera de cuestión, dado que lo trascendente en estos casos para actuar el contenido del deber es la satisfacción del interés definitivo o fin último. De tal suerte, el interés primario, aunque virtualmente existe, en los hechos queda totalmente diluido”⁵³³. Ahora sí estamos en condiciones de continuar con nuestro análisis en el cual, por supuesto, analizaremos la doctrina recién expuesta⁵³⁴.

2.6.3. Criterios usados para su distinción.

Los criterios usados por los autores y tribunales para saber si estamos en presencia de una clase de obligación, o de otra, *son de todos los colores posibles*⁵³⁵. Pues, ante todo, *al estar en el ámbito contractual -por regla- ha de estarse a la voluntad de las partes*, sostienen los defensores de este distingo. Entonces, lo primero que debe hacer el operador jurídico para saber si está en presencia de un tipo u otro de obligación, es observar a qué se obligó el deudor: si tan sólo a cumplir con la diligencia necesaria para obtener tal o cual finalidad pero sin asegurarla, o si prometió un resultado concreto o determinado⁵³⁶. Sólo cuando este parámetro resulte insuficiente ha de recurrir el juzgador a estos otros criterios que CABANILLAS SÁNCHEZ⁵³⁷ enumera en este orden:

D) *La situación de las partes*: criterio que tenía en cuenta DEMOGUE⁵³⁸ en razón del cual sostenía que el profesional liberal se vinculaba a través de una obligación de medios,

BUERES, Alberto J. y CALVO COSTA, Carlos A. “La responsabilidad de los escribanos por infracción a la fe de conocimiento”, en *Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, págs. 199 y s.s., nota 33.

⁵³¹ *Responsabilidad civil de las clínicas, cit.*, pág. 132.

⁵³² *Ibidem cita anterior*, idéntica página. Ver, también, BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, “Naturaleza de la relación entre abogado y cliente”, *cit.*, pág. 137.

⁵³³ *Ibidem cita anterior*, págs. 133 y 134.

⁵³⁴ Aclaremos una cuestión terminológica: lo que para BUERES es “fin o interés primario” del acreedor y “fin o interés secundario, último, definitivo o final”, es para otros autores “primer y segundo resultado”, o “resultado inmediato o próximo y resultado mediato o remoto”.

⁵³⁵ En el Derecho francés puede leerse con provecho la obra de VINEY *et* JORUDAIN, “les conditions de la responsabilité”, *ob. cit.*, n° 536 y s.s., pág.457 y s.s., quienes nos ilustran acerca de las indicaciones de la ley, las directivas propuestas por la doctrina y la posición de los tribunales franceses como criterios tenidos en consideración en aquél país para clasificar a una obligación como de medios o de resultado. En el Derecho argentino puede verse la clásica obra de ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de las Obligaciones. Civiles y Comerciales*, 4ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, págs. 502 y s.s. Estos autores nos dicen que los criterios a tener en cuenta, incluso valorados en la doctrina francesa actual, son los siguientes: la consideración del bien jurídico involucrado; si existe onerosidad en la prestación; el grado de participación del acreedor en la prestación; la asegurabilidad del riesgo y el carácter aleatorio de la prestación. En pocas palabras, si por ejemplo está en juego la integridad corporal y la vida del acreedor, se tiende a considerar que estamos en presencia de una obligación de resultado; otro tanto sucede si la prestación es onerosa; o cuando el acreedor no tiene participación en la consecución del objeto de la obligación. También se considera como una obligación de resultado aquella en la cual el deudor tomó un seguro o debió tomarlo acorde a los usos y cuando no existe alea para alcanzar el resultado prometido.

⁵³⁶ Recordemos que el nuevo Código argentino también tiene en consideración a la “voluntad de las partes” como “fuente” determinante de una u otra categoría obligacional. Al menos la autonomía de voluntad tendrá potencia como para crear una obligación de “resultado” con su consiguiente responsabilidad “objetiva” (conf. al art. 1723 del Código Civil y Comercial).

⁵³⁷ *Ob. cit.*, págs. 38 a 46.

⁵³⁸ Sostenía respecto del médico el jurista francés que “*le médecin ne promet pas la guérison à forfait, il promet ses soins*”, *Traité des obligations, t. V, cit.*, págs. 539 *in fine* y 540.

mientras que los que desempeñan algún “oficio” están sujetos a obligaciones de resultado, ello merced a que la finalidad perseguida por los que ejercen un oficio puede ser obtenida casi con seguridad si es que se utiliza la técnica adecuada, a diferencia de lo que ocurre con los que practican alguna profesión liberal⁵³⁹.

II) *El carácter aleatorio del resultado* es otra pauta muy tenida en cuenta a la hora de determinar si una obligación es de medios o de fines⁵⁴⁰. En efecto, si el resultado esperado por el acreedor es posible conseguirlo con sólo el esfuerzo del deudor, la obligación es de fines; mientras que si el interés definitivo del acreedor depende de terceros respecto del deudor, o del azar, se dice que la obligación es de medios⁵⁴¹.

Cabe aclarar que este es el criterio más usado cuando se quiere averiguar la “naturaleza” de la obligación. Es fácil concluir, entonces, que el abogado se vincula con su cliente a través de una obligación de medios, debido a que no puede garantizar el éxito - además le está absolutamente vedado prometerlo-, ni el mismo depende de su propia diligencia -ya que está supeditado en última instancia a la decisión de la Justicia (juez, tribunal, sentencia, etc.)-⁵⁴².

No obstante la “naturaleza” de la obligación, “las partes son libres para configurar la obligación como de actividad o de resultado, respetando los límites de la autonomía privada (artículo 1255 del Código Civil -español-)”⁵⁴³, siendo lo dicho válido para cualquier ordenamiento, por ejemplo en el sistema argentino aplicando el artículo 1197 del Código de Vélez o el art. 959 del nuevo Código Civil y Comercial.

III) *El papel activo o pasivo del acreedor* es un dato que la doctrina tiene en consideración para determinar si una obligación es de medios o resultado. Se dice al respecto que si el acreedor tiene un rol activo en el cumplimiento de la obligación, ésta es de medios; en tanto que si el papel del acreedor es de mera pasividad, la obligación es para el deudor de resultado. Es decir que con este criterio se valora el grado de participación del acreedor en la

⁵³⁹ Luego de analizar distintas profesiones en cuanto a la obligación que le incumbe al deudor, concluye DEMOGUE que “*Cependant nous tirerons une idée utile. Le professionnel qui a une profession libérale, c’est-à-dire exigeant une indépendance dans l’exécution comme le médecin, l’avocat n’a à sa charge qu’une obligation de moyen. Le métier, qui va depuis le manoeuvre jusqu’au plus haut degré, jusqu’à l’architecte, comporte d’ordinaire obligation de résultat. Car le résultat peut être atteint presque sûrement avec la technique appropriée*”, *Traité...*, t. V, cit., pág. 544.

⁵⁴⁰ Este criterio es el más usado en la actualidad y al que recurre BUERES como tuvimos oportunidad de resaltar. Ver BUERES, *Responsabilidad civil de las clínicas*, ob. cit., pág. 132, donde nos dice que en la obligación de medios el interés definitivo es “aleatorio, contingente, potencial”.

⁵⁴¹ Respecto del concepto de “alea” y su incidencia en los contratos, recomendamos la excelente obra del prestigioso jurista -y querido tío- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *El alea en los contratos. Contratos aleatorios en el Derecho Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2002. Según el citado autor, es aleatorio el contrato de servicios profesionales del abogado remunerado con un pacto de cuota *litis*, ob. cit., pág. 7.

⁵⁴² Entre otros tantos autores, ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de las Obligaciones*. Cit., pág. 502; CASTIGLIONE, Rafael Alberto, “Enfoque sobre la mala práctica profesional de los abogados”, cit.; TRIGO REPRESAS, Félix A., “Falta de legitimación ‘ad causam’ del actor y responsabilidad civil del abogado”, *La Ley*, 2007-B, págs. 570 y s.s.

⁵⁴³ CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 43. No obstante no compartir tal distingo, debemos hacer aclaraciones allí donde vemos que nuestra “apriorística” postura no sea un escollo insalvable. Con esta inteligencia diremos que no compartimos el ejemplo que el autor recién citado nos suministra en cuanto afirma que el médico puede garantizar la curación del enfermo, convirtiendo de esta forma su obligación originaria de medios en de resultado. Ello está prohibido desde el punto de vista ético, cuando no jurídico, amén de estar vedado fácticamente. Recordemos la máxima: *impossibile nulla obligatio est* (CELSO: Ley 185). En este sentido son ilustrativas las sabias palabras del gran médico Arnaldo de Vilanova, quien en el siglo XIII expresó: “Notad que el médico debe ser preciso en el diagnóstico, cuidadoso y exacto al prescribir, circunspecto y precavido al responder las preguntas, justo al hacer promesas; no deberá prometer la salud, ya que así asumiría una función divina e insultaría a Dios. Debería, antes bien, prometer lealtad y atención, ser discreto al hacer visitas, debe ser cuidadoso en el hablar, modesto en el comportarse y amable con el paciente”, cita extraída del excelente prólogo realizado por Mariano ALONSO PÉREZ, a la obra de tesis doctoral del estimado profesor Eugenio LLAMAS POMBO, titulada, *La Responsabilidad Civil del Médico...*, ob. cit., pág. XVI, *in fine*, de su prólogo. El mismo LLAMAS POMBO también recoge esas sabias enseñanzas, en la pág. 73, nota 263, aunque él cree encontrar la respuesta a tal problema -la promesa de salud que realiza el médico a su paciente- en las reglas que gobiernan la culpa *in contrahendo*. Tal parecer es perfectamente aplicable a lo que venimos sosteniendo, pues si el médico transgrede la regla que le prohíbe prometer un resultado -la curación del enfermo-, bien puede ser responsable por el daño -agravio moral por defraudación de las legítimas expectativas- que causare, aunque tal obligación ha de regularse por los principios que gobiernan la responsabilidad contractual -aquí nos distanciamos de nuestro estimado profesor salmantino, pues él estima aplicable los principios extracontractuales-. Ver, LLAMAS POMBO, ob. cit., págs. 85 y 86.

consecución del objeto prometido, siendo la obligación de medios cuando su participación es relevante, mientras que “cuando el acreedor es ajeno a ella, se la considera de resultado”⁵⁴⁴.

Empero, hemos de señalar que los que piensan de esta manera, es decir que resaltan la relevancia del comportamiento del acreedor para determinar el tipo de obligación, en realidad usan tal criterio junto con el recién apuntado referido al azar o aleatoriedad del resultado, siendo éste último el principal, en tanto que el que ahora tratamos sólo cumple una función secundaria⁵⁴⁵.

IV) *La mayor o menor determinación de la prestación prometida* es una pauta válida, según la autorizada opinión de FROSSARD⁵⁴⁶, para concluir si una obligación es de medios o fines. Se dice al respecto que si el deudor se obliga a cumplir una prestación determinada, con perfiles jurídicos y materiales precisos, es porque su obligación es de resultado. Caso contrario, si el deudor tiene amplia libertad de acción y su prestación es indeterminada, su obligación es de actividad.

Debemos señalar que esta postura es fácilmente refutable con sólo remarcar que la prestación prometida siempre ha de ser determinada o, al menos, determinable. Aunque no deja de tener interés lo apuntado por tal reconocido jurista.

V) También se ha recurrido a la necesidad de indagar sobre *el derecho a la contraprestación debida al deudor*. En tal sentido se ha afirmado que si el “riesgo” de la contraprestación es asumido por el deudor, su obligación es de resultado. Por el contrario, si el acreedor debe pagar al deudor incluso si éste no cumplió con su interés final, entonces estamos en presencia de una obligación de medios.

Existe un sector que también resalta la onerosidad de la prestación, pero para considerar que quien realiza una prestación gratuita está ligado por una prestación de medios, y cuando “la presta onerosamente tiene a su cargo una obligación de resultado”⁵⁴⁷.

VI) Por último, también se puso de manifiesto que los tribunales franceses -como tantos otros- recurren al *principio de la equidad* -que tiene tantos significados...- para determinar si una obligación es de medios o de fines⁵⁴⁸. Ello movidos por la injusta situación que se creó al encasillar a ciertas obligaciones como de actividad con la consiguiente dificultad probatoria por parte del acreedor víctima. Esto explica, entonces, “el auge extraordinario de las obligaciones de seguridad de resultado, con el claro objetivo de optar por un régimen probatorio que dé ventaja al acreedor perjudicado”⁵⁴⁹.

Como vemos son numerosos los criterios⁵⁵⁰ que se tienen en cuenta a la hora de encasillar a una obligación en alguna de estas categorías que para muchos, y sobre todo para los tribunales, pasó a ser la *summa divisio* de las obligaciones.

⁵⁴⁴ ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de las Obligaciones. Cit.*, págs. 502.

⁵⁴⁵ En este sentido se ha señalado que “A guisa de síntesis, cuando la satisfacción del interés del acreedor depende de factores extraños a la conducta comprometida por el deudor, o sea son azarosos, éste cumplirá la prestación desplegando un comportamiento diligente y la obligación será de medios. En cambio, cuando la producción del interés del acreedor apunta exclusivamente a una actividad del deudor, la obligación será de resultado”, conforme al comentario que realizan al art. 774 del nuevo Código argentino ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general), ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, tomo IV, arts. 724 a 956. Obligaciones en general. Directores del tomo Félix A. Trigo Represas y Rubén H. Compagnucci de Caso*, La Ley, Buenos Aires, 2015, pág. 230.

⁵⁴⁶ FROSSARD, *ob. cit.*, n° 292 y s.s., citado por CABANILLAS SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pág. 43 *in fine*. En cierto aspecto es válido afirmar que el nuevo Código argentino, en el ya transcrito art. 1723, sigue en algún punto este parecer.

⁵⁴⁷ Conf. ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de las Obligaciones. Cit.*, pág. 502.

⁵⁴⁸ VINEY et JOURDAIN, *ob. cit.*, n° 547, pág. 469.

⁵⁴⁹ Conf. CABANILLAS SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pág. 45 *in fine*. En el campo médico, precisamente, ha señalado LORENZETTI -hace un tiempo ya- que las obligaciones de resultado constituyen la regla y que esta teoría de las obligaciones de medios y resultado (que acertadamente crítica) se ha vuelto muchas veces en contra de los profesionales; ver: LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, Tomo I, *cit.*, pág. 484.

⁵⁵⁰ Señala BELLUSCIO que “En general la doctrina fija el criterio distintivo sobre la base de la existencia o inexistencia de un álea en la ejecución de la obligación: de haber álea, la obligación sería de medios; de no haberla, de resultado. En la jurisprudencia, en cambio parece predominar el criterio de que cuando la ejecución de la obligación es personal, individualizada, la obligación es de medios, en tanto que cuando la ejecución es

Ahora bien, *no queda muy claro cuál es el orden o el grado de preferencia de los parámetros que recién citamos como posibles determinantes del rótulo: obligación de medios/obligación de resultado*. Demasiadas doctrinas se encuentran en este crucial punto. Sin dudas que todo esto llega a lesionar la utilidad de la distinción y, como bien señaló el estimado profesor LORENZETTI, “con el agravante de que hay un verdadero caos e inseguridad jurídica”⁵⁵¹. Es que nadie sabe a ciencia cierta si su obligación será calificada como de medios o resultado. Entonces los magistrados judiciales de los diversos países tienen para elegir de acuerdo a cuál criterio se ajuste más a lo que quieren decidir en un caso dado⁵⁵², ello más allá de lo determinado en algún Código de fondo como lo hace ahora el argentino.

Este recurso a la “equidad”⁵⁵³ -que incluso es un parámetro más- puede llegar a ser muy peligroso. En verdad hay dos pasos desde la equidad a la arbitrariedad, siendo que existe sólo uno de entrambos-*inter ambos*- a la temida inseguridad jurídica. Por tal motivo han requerido VINEY y JOURDAIN la intervención del legislador francés para evitar esta fluctuante e incierta jurisprudencia⁵⁵⁴, requerimiento no atendido en lo más mínimo en la modificación propiciada al código napoleónico en el año 2016, que al clasificar a las obligaciones ni siquiera hace una sola mención a esta dual clasificación obligacional⁵⁵⁵.

2.6.4. Finalidad perseguida por los partidarios de esta clasificación.

I) Por supuesto que esta categorización binaria no es meramente teórica o didáctica. Los juristas que estudiaron el tema -que fueron muchos y de gran autoridad científica- no estaban haciendo dogmatismo “puro”. Para nada. *La utilización de esta clasificación es sumamente práctica, pues uno de los objetivos está apuntando al proceso mismo*. En realidad, el padre adoptivo de esta clasificación, DEMOGUE, pensó esta categoría de obligaciones operando sólo en el ámbito de la responsabilidad contractual. Decía el distinguido jurista francés que esta dualidad podría ser justamente la “diferencia esencial” entre los diversos regímenes responsabilizantes. Además, su finalidad práctica era evidente: *solucionaría un problema probatorio*⁵⁵⁶.

anónima, y se aplica de la misma manera a un gran número de acreedores, la obligación es de resultado. También se tiene en cuenta la voluntad de las partes, su intención de establecer un régimen de responsabilidad más o menos estricto a cargo del deudor”, *art. cit.*, pág. 24.

⁵⁵¹ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, Tomo I, *cit.*, pág. 479.

⁵⁵² En tal sentido se ha señalado que “El intérprete establecerá cuando el resultado (o fin) aspirado por el acreedor es aleatorio y cuándo no lo es (o en otros términos, cuándo la no culpa/culpa integran el cumplimiento/incumplimiento y en qué casos son irrelevantes a tales fines)... es tarea de los jueces la de realizar juicios axiológicos para determinar cuándo hay culpa y cuándo existe un criterio de imputación objetivo”, conf. BUERES, Alberto J. y CALVO COSTA, Carlos A. “La responsabilidad de los escribanos por infracción a la fe de conocimiento”, *cit.*, págs. 200 y 201, nota 33. Claro que no compartimos este criterio de dejar librado tema tan relevante a la propia voluntad del juzgador “de turno”.

⁵⁵³ Equidad entendida como “discrecionalidad” del juez, quien a veces aplica en un caso dado una solución no contemplada en la ley, o incluso en contra de la misma.

⁵⁵⁴ Concluyen el estudio de esta clasificación con estas expresiones “*On pourrait poursuivre l’investigation et rechercher, en étudiant systématiquement toutes les situations contractuelles, comment la jurisprudence procède pour classer les obligations contractuelles dans les deux catégories opposées par Demogue. Mais cette étude n’aurait pas de fin... Les exemples choisis suffisent, nous semble-t-il, pour constater que les tribunaux, dans la mesure où ils ne sont pas guidés soit par la volonté explicite des parties, soit par des textes supplétifs ou la prise en considération de l’objet même de l’obligation, se décident en fonction de considérations d’équité. Et c’est ce qui explique le caractère souvent fluctuant et incertain de cette jurisprudence qui ne peut être fixée de façon définitive que par l’intervention du législateur*”, “Les conditions de la responsabilité”, *ob. cit.*, pág. 490.

⁵⁵⁵ En efecto, a partir del art. 1304 la ordenanza 131 de febrero de 2016 trata sobre el “régimen general de las obligaciones” y luego brinda algunas clasificaciones comenzando por las “modalidades” de las mismas (condición y plazo). Para empezar, debemos remarcar que ni siquiera trata sobre un régimen general de la obligación -o teoría, o principios generales-, tal como se anuncia en su propio título al cual no hace honor. Por otro lado, dichas modalidades (condición y plazo; que antes se agregaba históricamente el “cargo”), no son modalidades propiamente de las obligaciones, sino de los actos jurídicos en general. Pero lo más importante para nuestros fines es que jamás se menciona, siquiera, la clasificación de las obligaciones en de medios y resultado.

⁵⁵⁶ Creemos apropiado fijar los límites de las ideas de DEMOGUE y no hacerle decir lo que ni se imaginó. Para ello nada mejor que sus palabras. Pues comienza afirmando que “*Une autre différence, et ce serait la plus importante, tiendrait à la charge de la preuve. Dans la responsabilité délictuelle, le demandeur devrait prouver la faute de son adversaire. En cas de contrat, la faute se présumerait. Plus exactement, jusqu’à ce que le défendeur prouve le cas fortuit ou la force majeure, la responsabilité résulte de l’inexécution même de l’obligation*”, conf. *Traité...*, t. V, *cit.*, n° 1237, págs. 536 *in fine* y 537. No obstante, después sostiene DEMOGUE que “*Nous croyons en effet que le système de preuve est le même dans le cas de faute délictuelle ou contractuelle...* (Ahora bien) *L’obligation qui peut peser sur un débiteur n’est pas toujours de même nature*.”

En efecto, la doctrina que acogió esta categorización estableció que a través de ella el juez se sentiría seguro a la hora de evaluar el posible incumplimiento o mal cumplimiento de una obligación, en cuanto a la prueba se refiere⁵⁵⁷. Ya tuvimos oportunidad de expresar que esta clasificación constituía un puerto seguro para los jueces, quienes, además de tener servido el *onus probandi*, no tenían que indagar profundamente sobre la subjetividad del sindicado como responsable⁵⁵⁸, no por lo menos en aquellas obligaciones calificadas como de resultado.

Insistimos, la primera y gran utilidad que se generó a partir del mentado distingo fue la siguiente: se predicaba que en la obligación de medios el deudor sólo la incumplía cuando su conducta fuese culposa, y esta culpa debía ser probada por el acreedor⁵⁵⁹. Mientras que en las obligaciones de resultado, al no obtener el mismo, el deudor se hacía inmediatamente responsable, a no ser que él pruebe alguna causa ajena que desvió la concatenación causal responsabilizante⁵⁶⁰. Cierta doctrina entendía, empero, que el deudor se liberaba en las obligaciones de resultado con tan sólo demostrar su conducta diligente, esto es con acreditar su “no culpa” o ausencia de culpa⁵⁶¹. Ya tuvimos oportunidad de señalar ello y la consiguiente subdivisión que se produjo a esta división originariamente binaria.

Pero, ora se demuestre la no culpa, ora el *casus*, *la cuestión del onus probandi estaba resuelta. Era el acreedor, víctima del incumplimiento contractual, quien debería probar la culpa del deudor si su obligación fuese de mera actividad, ya que en ello radicaba justamente el “incumplimiento”; mientras que en las de resultado, o dicha culpa se la presumía, o el factor era objetivo*, siendo que debía demostrar el deudor que el incumplimiento se debió a una causa ajena a éste -*casus*-, o que el incumplimiento o defectuoso cumplimiento acaeció no obstante haber tomado todos los recaudos y precauciones -diligencia exigible- que la emergencia le requería -prueba de la no culpa o falta de culpa-⁵⁶².

Ese fue el genuino propósito de los originarios partidarios de esta bifurcación obligacional; pretendían resolver una cuestión probatoria, en concreto la prueba de la culpa en el cumplimiento prestacional *dentro del ámbito contractual*.

Ce peut-être une obligation de résultat ou une obligation de moyen”, conf. Traité..., t. V, cit., pág. 538. Y concluye el mencionado jurista luego a analizar cómo funcionaría esa clasificación en distintos deudores -o diferentes contratos-, que “Notre conclusion est donc qu’à défaut de différence rationnelle, il existe dans le droit positif quelques différences assez minimes entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité délictuelle” (error tipográfico quiso decir “contractuelle”), Traité..., t. V, cit., pág. 544. Lo escrito entre paréntesis es nuestro.

⁵⁵⁷ Entre otros tantos, ver TRIGO REPRESAS, Félix A., “Los distintos roles del abogado...”, *cit.*, pág. 76.

⁵⁵⁸ Ver nuestra *Visión crítica a las cuestiones centrales de la Responsabilidad Civil*, *ob. cit.*, pág. 42, nota 50, en donde expresáramos que “ha llegado la hora de despedir a esta ingeniosa clasificación, por la sencilla razón de que ya no existen motivos que la justifiquen”.

⁵⁵⁹ Piénsese que en la época del nacimiento y apogeo de esta clasificación de obligaciones, la responsabilidad aún estaba cimentada en sus presupuestos clásicos, y se exigía como regla culpa en el deudor si es que se pretendía imputar un daño.

⁵⁶⁰ El nuevo Código Civil y Comercial para la Nación Argentina ha seguido este camino, cuando establece que si el deudor debe obtener un “resultado determinado” su responsabilidad es “objetiva”; y en estos casos, el responsable sólo se libera demostrando la “causa ajena”, salvo disposición legal en contrario (conf. arts. 1723 y 1722, respectivamente). Ahora bien, también hay que aclarar que ese Código “adopta” -al menos como una “facultad” del juzgador- la teoría de las cargas probatorias dinámicas (conf. art. 1735), tal como señalaremos más adelante.

⁵⁶¹ Por ejemplo y aplicado específicamente a nuestro campo, se ha señalado que la responsabilidad del abogado debe ser analizada, por regla, bajo la normativa aplicable a las obligaciones de resultados atenuadas, lo que implica que se escinde la idea de obligación de resultado de la de *opus*, y se desecha el factor de atribución para calificar la naturaleza de la obligación. “Sólo así podrá concebirse a la obligación de resultado atenuada como aquella en la que el deudor se exime de responder acreditando su diligencia y más allá del resultado obtenido”, conf. ALTERINI, Juan Martín, “La responsabilidad del abogado...”, *cit.*, págs. 418 y s.s. De todas formas debe destacarse, tal como lo hace el autor citado, que en realidad afirmar que la obligación del abogado es de resultado “atenuada” es en la práctica lo mismo que decir que es de medios con inversión de la carga probatoria, puesto que en los hechos pesará sobre el abogado el deber de demostrar su “no culpa” o, lo que es igual, que su comportamiento fue diligente, independientemente que le llamemos a tal obligación de medios -con inversión de la carga probatoria- o de resultado atenuada.

⁵⁶² Es claro que no es lo mismo, según nuestro parecer, demostrar la “no culpa” que un *casus*. En el primer caso, al movernos aún con parámetros subjetivos, estaríamos en los dominios de la *culpabilidad*. A diferencia del segundo supuesto que ya se trataría de romper el nexo causal adecuado, siendo tal un problema de *causalidad*, independientemente del tipo de factor atributivo de que se trate, funcionando como eximente, claro está, incluso en la llamada responsabilidad objetiva.

"

II) Además se apuntó que por la “naturaleza” misma de los tipos que conforman esta clasificación, *la misma servía, amén de solucionar un problema probatorio, para medir con exactitud el cumplimiento o incumplimiento de la obligación debida por el deudor*. En efecto, se señaló que en las obligaciones de actividad puede haber cumplimiento no obstante no obtener el acreedor la satisfacción de su interés final. Es decir que para constatar si hubo o no cumplimiento habría que observar la conducta del deudor; ergo, si tal comportamiento era acorde a la diligencia exigida, el deudor cumplía independientemente del resultado arribado.

En cambio, en las obligaciones de fines, el resultado era algo fundamental en su constitución, y debido a ello el deudor lo garantizaba. Esto traía como consecuencia que si el obligado no obtenía la satisfacción del interés final del acreedor, se lo tenía por incumplidor, por lo tanto: responsable *prima facie* de los posibles daños. La única forma de desvirtuar esta suerte de presunción de responsabilidad era demostrando que el incumplimiento no le era imputable, ora por el acaecimiento de un *casus*, ora por haber obrado con toda la diligencia exigible -según criterios-.

Queda en claro, entonces, que *en la obligación de fines se tiene por cumplida la misma sólo cuando se consigue el resultado esperado por el acreedor; en tanto que en la obligación de medios lo relevante para determinar si hubo o no cumplimiento es la conducta desplegada por el deudor*.

III) Existieron autores que, con un gran ingenio, establecieron una consecuencia fundamental originada de esta doble distinción de obligaciones a la hora del *resarcimiento potencial al que tendría derecho el acreedor víctima de un incumplimiento obligacional*. Tal diferencia radicaría, según la opinión de SAVATIER y LACRUZ, en el *quantum* del daño resarcible. Por ello, “Cuando la obligación es de actividad o de medios, el resarcimiento se mide, no en relación al resultado perseguido sin fruto, sino atendiendo a las consecuencias directas de la negligencia del deudor. Cuando la obligación es de resultado, el resarcimiento se mide en relación con el resultado no alcanzado. El perjuicio causado al acreedor será igual al valor del resultado prometido y no conseguido”⁵⁶³.

Algunos autores contemporáneos se hicieron eco de tal doctrina. Específicamente en el tema que nos ocupa se ha señalado que la distinta naturaleza de las obligaciones que transgreda el abogado “será determinante para la valoración de los posibles daños y perjuicios que se hubiesen podido irrogar al cliente”⁵⁶⁴. Así, cuando se trate de obligaciones de resultado, deberá ser evaluado el incumplimiento obligacional y en su caso el lucro cesante -daño objetivo, apreciable en todo caso-; mientras que tratándose de obligaciones de medios nos encontraremos, según dicha postura, con perjuicios abstractos e indeterminados -“pérdida de la oportunidad”-⁵⁶⁵.

IV) Otra de las diferencias que señaló la doctrina como derivada de esta dual clasificación estriba en el *derecho a la contraprestación*. En tal sentido se afirmó -como adelantamos páginas atrás- que si el deudor cumplió con su obligación de medios, es decir si actuó con la corrección debida, éste conserva su derecho a la contraprestación que el acreedor debe saldar no obstante encontrarse insatisfecho por no lograr el resultado que él esperaba.

Por el contrario, si la obligación es de fines, el deudor al no obtener el resultado prometido y garantizado, en principio pierde su derecho a la contraprestación, a no ser que demuestre que la causa de tal incumplimiento no le es imputable, cuestión que podría alterar la situación descripta.

En verdad esto no sería más que una consecuencia del hecho tangible referido a que en la obligación de medios se cumple con la conducta diligente del deudor, en tanto que en la de resultado, para tenerla por cumplida, hay que arribar al mismo, puesto que éste está causalizado en la obligación y del cual el deudor es garante.

⁵⁶³ Conf. CABANILLAS SÁNCHEZ, *ob. cit.*, págs. 134 y 135.

⁵⁶⁴ GONZÁLEZ FERRER, Juan José - YBARRA LÓPEZ-GÓMEZ, Javier, “La indefensión ocasionada por error del abogado”, en *OTROSÍ, Publicación informativa del Colegio de Abogados de Madrid*, mayo de 2002, N° 37, pág. 36.

⁵⁶⁵ *Ibidem nota anterior*, idéntica página.

V) También se ha afirmado que la utilidad principal de esta clasificación radica en que de ella depende -nada más ni nada menos- el factor atributivo de responsabilidad. Autores de la talla de FROSSARD o MARTON han estimado que “a la obligación de resultado debe corresponderle una responsabilidad de resultado, lo que se traduce en una responsabilidad de carácter objetivo o sin culpa; mientras que el cumplimiento de una obligación de medios o actividad daría lugar a una responsabilidad subjetiva o por culpa”⁵⁶⁶.

En esta línea de pensamiento actualmente podemos citar a BUERES⁵⁶⁷ VÁZQUEZ FERREYRA⁵⁶⁸ e YZQUIERDO TOLSADA, entre otros tantos autores que admiten la distinción. En esta postura también merece citarse al nuevo Código Civil y Comercial argentino⁵⁶⁹.

2.6.5. ¿Cómo se regula esta cuestión en el nuevo Código Civil y Comercial argentino?

Por supuesto que el nuevo Código unificado para la Argentina consagró unas cuantas reglas que deben ser analizadas a la luz de lo recién manifestado. Precisamente lo más relevante a tener en consideración en nuestro campo es el acogimiento, un tanto defectuoso y confuso, de dicha discutida teoría que divide a las *obligaciones en de medios y resultado*. Además, tiene relevancia la posibilidad de aplicar la *doctrina de las cargas dinámicas de las pruebas*. Veamos, entonces, con más detenimiento ambas cuestiones para después esbozar nuestra postura al respecto.

2.6.5.1. Las obligaciones de medios y resultado. Su tibia y confusa recepción en el novel Código argentino.

Esta teoría, como señalamos con antelación, es harto discutida incluso en los países en los cuales tuvo su mayor desarrollo, en donde ni siquiera fue acogida en sus Códigos civiles (vg. El Código de Francia⁵⁷⁰, el de Italia de 1942⁵⁷¹, el de Alemania⁵⁷², España⁵⁷³, el

⁵⁶⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ, *ob. cit.*, págs. 124 y 125; SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La Responsabilidad Civil del Abogado*, *cit.*, págs. 165 y 166.

⁵⁶⁷ Afirma BUERES que “El remozamiento apuntó de modo primordial al criterio legal de imputación: en los deberes de resultado la responsabilidad es objetiva; en los deberes de medios la responsabilidad es subjetiva... Y hablar de culpa en un deber de fines, cuando no es factible que el *solvens* pueda hacer patente su falta de culpa, constituye sencillamente un paralogismo”, en *Responsabilidad civil de los médicos*, *ob. cit.*, t. 1, pp. 80 *in fine* y 81. También se dijo que la esencia del mentado distingo “tiene auténticas raíces en el Derecho de fondo. En las obligaciones de medios la responsabilidad es subjetiva, en tanto que en las obligaciones de resultado la responsabilidad es objetiva”, conf. BUERES, Alberto J. y CALVO COSTA, Carlos A. “La responsabilidad de los escribanos...”, *cit.*, p. 202, nota 33. Insistiremos una vez más que este criterio es el que se ha consagrado en el nuevo Código Civil y Comercial argentino, aunque no en forma tan clara como se verá a continuación.

⁵⁶⁸ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Responsabilidad civil de los abogados. Daño moral”, *J.A.*, 1992-IV, págs. 616 y ss.; y en “La responsabilidad contractual objetiva”, *La Ley*, 1988-B, págs. 998 y ss.

⁵⁶⁹ Recordemos, otra vez, que el nuevo Código Civil y Comercial argentino expresa en el artículo 1723 que “Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva”. En este sentido se ha remarcado que “En cuanto a la ligazón de las obligaciones de resultado y de medios con los factores de atribución, textos del Código Civil y Comercial muestran resonancias de esas matizaciones. Así, los arts. 1252, 1273, 1285, 1286, 1306, 1723, 1757 y 1768”, conforme al comentario que realizan al art. 774 del nuevo Código argentino ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general), ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, tomo IV, arts. 724 a 956. Ob. cit.*, p. 230.

⁵⁷⁰ Ni siquiera en la reforma realizada por la ordenanza 131 del año 2016 se hace alguna mención a tal teoría. En efecto, dicho texto actualizado, que aún carece de un régimen general de las obligaciones, comienza su tratamiento directamente con la clasificación de las mismas (aunque en puridad empieza con sus modalidades -condición, plazo y obligación “plural”-, arts. 1304 y ss.), y en ningún momento tiene presente a esta binaria clasificación obligacional. Ver: *Réforme du droit des Obligations. Un supplément au Code Civil 2016*, Dalloz, 2016, pp. 35 y ss. También puede consultarse la *Table de correspondance*, Editorial Gualino, año 2016.

⁵⁷¹ Remitimos a DE NOVA, Giorgio, *Codice Civile e Leggi Collegate*, Zanichelli, Milano, 1993.

⁵⁷² El Código Civil alemán, que entró en vigencia en el año 1900, y que cuenta con más de 185 modificaciones, trata a las obligaciones en el Libro Segundo, bajo el siguiente rótulo “Derecho de las Relaciones Obligatorias”, cuya Sección Primera destina al “Contenido de las relaciones obligatorias” (deber de prestación y mora, arts. 241 y ss.), y en lo que a nosotros nos concierne, jamás menciona a esta dual clasificación obligacional. Ver: *CÓDIGO CIVIL ALEMÁN. BÜRGERLICHES GESETZBUCH*, traducción bajo la dirección del Dr. Albert Lamarca Marquès, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 77 y ss.

⁵⁷³ El Código Civil español aún vigente, del año 1889, sí posee un capítulo destinado a las disposiciones generales de las obligaciones, a diferencia del francés, y al igual que el argentino. Además, el título dedicado a las obligaciones está antes del destinado a los contratos y *quasi* contratos, metodología correcta, también

de Argentina de Vélez⁵⁷⁴, el de Perú de 1984⁵⁷⁵ etc.). En otras oportunidades hemos tratado esta temática⁵⁷⁶, no lo haremos aquí con profundidad. Basta con lo escrito en los acápites anteriores. Aunque sí haremos mención a su recepción en el nuevo Código Civil y Comercial argentino en diversas normas, tales como los arts. 774, 1252, 1723 y 1768.

La primera disposición hace alusión a las obligaciones de hacer, en especial cuando se trata de la *prestación de un servicio*. Pues dice el mentado art. 774 que la prestación de un servicio puede consistir en realizar cierta *actividad* con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito; o en procurar al acreedor *cierto resultado concreto*, con independencia de su eficacia; o, finalmente, en procurar al acreedor el *resultado eficaz prometido*⁵⁷⁷.

También esa misma norma señala que las cláusulas que comprometen los “buenos oficios”⁵⁷⁸, o a aplicar los mejores esfuerzos, quedan comprendidas en el inc. a) -obligaciones

seguida en Argentina y olvidada por los codificadores galos. Ahora bien, dicho Código, al tratar sobre “De las diversas especies de obligaciones”, arts. 1113 y ss., que también comienza con sus “modalidades” (obligaciones puras y condicionales, y obligaciones a plazo -arts. 1125 y ss.-), no menciona, ni remotamente, a las obligaciones de medios y resultado. En cuanto a la “Propuesta” de reformas a dicho Código realizada por notables profesores españoles, debemos señalar que tampoco hubo un recibimiento muy favorable a esta distinción. La misma no obra en la parte general de las obligaciones, ni en sus clasificaciones de las mismas. Apenas encontramos una disposición que alude a la “obligación de alcanzar un resultado”. Nos referimos al art. 582-6 que concretamente dispone “1) El prestador debe lograr cualquier resultado expresamente exigido por el contrato o que se corresponda con las expectativas que haya generado a través de sus declaraciones públicas o en el proceso de negociación. 2) También debe obtener el resultado no comprometido expresamente que sea razonablemente esperado por el principal, por no existir riesgo sustancial que pueda impedir su consecución empleando la diligencia exigible”. Como puede advertirse, no se recepta esta distinción con carácter general, ni mucho menos todos los efectos que predicen sus seguidores. Ver: *Propuesta de Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Tecnos, Madrid, 2018.

⁵⁷⁴ Es claro que el Código de Vélez no dedicó una disposición a esta clasificación obligacional. En cuanto a la doctrina, en síntesis muy apretada y olvidando otros grandes juristas argentinos, ha dicho genéricamente nuestro estimado amigo ALFERILLO que “Entre quienes no aceptan dicha distinción, Wayar, Zannoni, Alterini, López Cabana, Ameal, Belluscio, Borda, Boffi Boggero, Alferillo, entre otros, (afirman que) básicamente no existen diferencias ontológicas por cuanto la distinción entre obligaciones de ‘medios’ y ‘resultado’ es sólo aparente. Entre una y la otra categoría no hay ninguna diferencia de esencia o de naturaleza. En aquellas que la tradición llama de medios es siempre posible hallar un resultado, esto se comienza a comprender cuando se acepta que en toda obligación hay ‘medios’ y se persigue ‘resultado’”, conf. ALFERILLO, Pascual E., “La responsabilidad profesional y las normas que regulan las profesiones”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2016-3, *Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, pág. 152. Lo escrito entre paréntesis nos pertenece.

⁵⁷⁵ El último Código peruano, este es el surgido merced al Decreto Legislativo n° 295 del 25 de julio de 1984, tampoco hace alguna mención a tal teoría. En efecto, dicho cuerpo normativo, que también carece de un régimen general de las obligaciones, comienza su tratamiento en el Libro Sexto (de los “Diez” Libros que tiene), directamente con “Las obligaciones y sus modalidades”, arts. 1132 y s.s., y en ningún momento menciona a esta binaria clasificación obligacional. Ver: *Código Civil, Decreto Legislativo 295 (25/07/1984)*, Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2013, pp. 275 y ss.

⁵⁷⁶ Ver: PADILLA, Rodrigo, “La responsabilidad civil del abogado y las obligaciones de medios y resultado”, publicado en *Revista de responsabilidad civil y seguros*, Atilio A. Alterini (Director), año VIII, N° IV, abril de 2006, La Ley, Buenos Aires, pp. 26 y ss. También en PADILLA, Rodrigo, *Misión, derechos, deberes y responsabilidad del abogado*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Reus -Madrid, España-, Ubijus -D.F., México-, 2013, pp. 178 y ss.

⁵⁷⁷ Esta disposición tuvo como antecedente inmediato al art. 726 del Proyecto del año 1998. De allí se entiende que se haya seguido, en algunos aspectos, el parecer de Atilio Aníbal Alterini y no, por ejemplo, las ideas del propio Lorenzetti (quien fue el Presidente de la Comisión de Reformas que elaboró el nuevo Código Civil y Comercial argentino).

⁵⁷⁸ Otra pregunta que nos hacemos versa sobre lo siguiente: eso de hablar de “buenos oficios” nos resulta totalmente erróneo y discriminador. Por ejemplo, ha de entenderse, bajo ese prisma, que los médicos y los abogados (en general) están incluidos en esa categoría; mientras que los notarios, no (entre otros profesionales, como podrían ser también los ingenieros y arquitectos). Se olvidan que la actividad del escribano es muy relevante en el seno de la sociedad. Ellos son los depositarios de la fe pública. El Estado les delegó una importantísima misión. Precisamente por su actuación es que se pretende evitar conflictos judiciales y dar certezas a las relaciones jurídicas. Además, asesoran en forma imparcial a las partes dándole la forma jurídica que mejor se acomode a sus intereses, siempre en un marco de estricta confidencialidad. Recordemos que la función notarial se asienta en el “*cavere*” romano, vale decir en velar por alguien y darles garantía (precaver). Y esta función pública comprometida, en cuanto a la autenticidad y conservación de los actos, no se establece solo en el interés de los particulares, sino que es de carácter general al garantizar, insistimos, la seriedad y seguridad de las relaciones y asegurar, en particular, la regularidad y el mantenimiento del orden jurídico en materia de bienes inmuebles. Siendo ello así, ¿acaso hablamos de un “mal” oficio? Decimos ello en contraposición a los “buenos” oficios mencionados en el art. 774, inc. a). Puede verse con más precisiones y citas en nuestra obra titulada *Cuestiones sobre Derecho Registral, Notarial y responsabilidad del escribano*, 2ª edición corregida, aumentada y actualizada con el nuevo Código Civil y Comercial, Editorial UNSTA, Tucumán, 2016.

de medios “ordinarias”-. Mientras que la cláusula “llave en mano o producto en mano”, figura como ejemplo de las obligaciones del inc. c) -obligaciones de resultados “ordinarias” o hasta “reforzadas”, según posturas-. No brinda ejemplos del inc. b), que pueden entenderse, según cierta doctrina, como obligaciones de resultados “atenuadas”, o de medios “reforzadas”.

Como se observa dicha norma es al menos desprolija, “rebuscada”⁵⁷⁹, acudiendo a una terminología confusa, “imprecisa”⁵⁸⁰, según lo pusieron de resalto incluso cultores de la doctrina dualista. En puridad, como diremos más adelante, al menos cuatro especies de obligaciones pueden deducirse del nuevo Código argentino, casi rememorando cierta doctrina francesa de décadas pasadas.

El art. 1252 del nuevo Código, por su parte, versa sobre los contratos de obra y servicios, disponiendo sobre el particular que si existe “duda” sobre la calificación del contrato, “se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia. Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega”⁵⁸¹.

Además, y como lo señalamos con antelación, hay que tener en consideración que el nuevo Código establece en el art. 1723 que cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes⁵⁸², surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, “*su responsabilidad es objetiva*”.

A su turno, la norma más importante para aplicar a los casos de responsabilidad derivada de malas prácticas es el art. 1768⁵⁸³ que se refiere concretamente a los *profesionales*

⁵⁷⁹ En este sentido dijo nuestro estimado amigo y ferviente defensor de la doctrina dualista que criticamos, Vázquez Ferreyra, que “el art. 774 del CCyC contiene una descripción de las obligaciones según sean de medio y resultado, un tanto rebuscada por cierto, o compleja, tal vez respondiendo a algunas ideas que años atrás tuvieron difusión en nuestro medio. Pareciera referirse a las obligaciones de medios, de resultado y de resultado agravado”, conf. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto Antonio, “Los deberes profesionales y la responsabilidad por incumplimiento”, en *Revista de Derecho de Daños, 2016-3, Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, p. 59.

⁵⁸⁰ En efecto, remarcó Agoglia (quien también comparte en general la doctrina obligacional “dualista”) que “En los últimos incisos la terminología es imprecisa. El término eficaz se dice de las cosas que producen el efecto o prestan el servicio al cual están destinadas, razón por la cual no alcanzamos a apreciar cómo puede obtenerse un resultado que al propio tiempo sea ineficaz. Por tanto, como en ambos supuestos se indica que debe procurarse al acreedor un *resultado concreto*, resulta adecuado subsumir los incisos b, y c, en la categoría de las obligaciones de *resultado*. De otro modo, aceptaríamos una categoría híbrida que sólo conduciría a confusiones a la hora de resolver un conflicto de intereses”, conf. AGOGLIA, María Martha, “Análisis comparativo de la responsabilidad de los profesionales en el Código de 1871 y en el vigente”, en *Revista de Derecho de Daños, 2016-3, Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, pp. 99 y 100. También allí, en la nota 70 de ese trabajo (y citando otro estudio junto a Boragina y Meza), la jurista mencionada afirma que la clasificación formulada en los incs. b, y c, del art. 774, le recuerda aquella de las obligaciones de resultado en ordinarias, atenuadas y agravadas propuesto por la moderna doctrina francesa.

Por supuesto que otros autores, como Jorge H. Alterini, ya hace tiempo que explican lo que debe entenderse por un resultado “eficaz”, con respecto a otro tipo de resultado (¿ineficaz?); al igual que la subdivisión de las obligaciones que practicó la doctrina, no tan “moderna”, francesa. De allí que a nosotros nos parece una artificiosa clasificación que siempre dejó lagunas e interrogantes y en nada soluciona los problemas que supuestamente pretende hacerlo.

⁵⁸¹ El art. anterior, es decir el 1251, define a tales contratos diciendo que “Hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución”.

⁵⁸² Recordemos que ni el médico puede prometer la curación del enfermo, ni el abogado ganar el pleito de su cliente. Límites legales y deontológicos le prohíben tales promesas. No obstante, se podrá refutar que, en ciertas ocasiones, como por ejemplo en el marco de una cirugía estética “embellecedora” que no implique ningún riesgo, complicación o alea, el médico sí podrá prometer un resultado. También el letrado podrá prometer un resultado cuando, por ejemplo, se comprometa a redactar un contrato o emitir un dictamen en un determinado plazo. Ahora bien, que la cirugía resulte enteramente satisfactoria para el paciente, o el contrato o dictamen resulten “eficaces” para el cliente, ya es otra cuestión. Por ello se hacen distinguos y más distinguos hasta la eternidad. No se dan cuenta que esta clasificación está destinada a crear más problemas que a resolverlos...

⁵⁸³ En los “Fundamentos” del Anteproyecto de Código puede leerse lo siguiente: “*La actividad del profesional liberal está regulada de la siguiente manera:*

- *se aplican las reglas de las obligaciones de hacer.*
- *La imputación es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto.*
- *Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, no es objetiva, excepto que causen un daño derivado de su vicio.*
- *La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas.*

liberales, determinando que “La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer⁵⁸⁴. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto”. Además, agrega esa disposición que cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7ª, de este Capítulo (responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades), excepto que causen un daño derivado de su vicio. Termina esa norma diciendo que la actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757.

Por cierto que esta última norma no deja de ser criticada, incluso, reiteramos esto, por defensores de la doctrina “dualista” obligacional (que de dualista no queda nada). Por ejemplo, VÁZQUEZ FERREYRA señala que la última parte de este artículo se encarga de poner bien en claro que tratándose de responsabilidad profesional no se aplican las normas que regulan la actividad derivada de la intervención de cosas riesgosas, ni de actividades riesgosas o peligrosas, salvo que el daño provenga del “vicio” de la cosa. Sin embargo, aclara, es curioso que esta solución “particular”, propia de la responsabilidad profesional de los médicos, ahora se ha llevado con carácter general a todas las profesiones liberales. Concluye que esta excepción que en el caso de los médicos tiene su razón de ser, no tiene ninguna explicación para aplicarla a otras actividades profesionales⁵⁸⁵.

Como se observa de las normas recién citadas, amén de las críticas de fondo, la propia terminología usada es *confusa*, pues a veces el nuevo Código hace alusión a un resultado “concreto” (vg. art. 1768); en otras a un resultado “determinado” (vg. art. 1723); y en el art. 744 que se refiere a la prestación de un servicio -cuando en puridad el inciso c) más se asemeja a un contrato de obra- habla de cierto resultado concreto, pero “con independencia

Estos criterios son los que ha aplicado mayoritariamente la jurisprudencia y han sido defendidos por la doctrina. El profesional promete un hacer que consiste en una diligencia conforme a las reglas de la profesión, sin que pueda asegurar un resultado; de allí que su responsabilidad sea subjetiva y pueda liberarse probando su falta de culpa. En cambio, si promete un resultado, la imputación es objetiva.

El profesional actúa con cosas, pero su imputación sólo es objetiva cuando éstas exorbitan el obrar humano por un vicio. No puede considerarse que exista una actividad riesgosa en general, calificada ‘ex ante’”. Ver: CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto 191/2011. Ricardo Luis Lorenzetti (Presidente), Elena Higston de Nolasco, Aída Kemelmajer de Carlucci. Presentación del Proyecto por parte de Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, 1ª edición, Santa Fe, 2012, p. 672.

⁵⁸⁴ Sobre el particular se ha dicho que este enunciado importa toda una “definición” al encuadrar la actividad de los profesionales liberales dentro de las obligaciones de hacer, reguladas en el nuevo Código a partir del art. 773, junto a las de no hacer. Asimismo, determina el art. 773 que “La obligación de hacer es aquella cuyo objeto consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho, en el tiempo, lugar y modo acordados por las partes”. Ver: VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto Antonio, “Los deberes profesionales y la responsabilidad por incumplimiento”, *cit.*, p. 62. Por nuestra parte no creemos para nada que dicha norma importe una auténtica “definición”. Se trata de una simple remisión. De hecho, hasta olvida toda referencia a las normas legales y deontológicas propias de cada profesión como sí lo hacía el Proyecto de 1998 que le sirvió de antecedente inmediato. Además, nosotros estimamos que lo correcto hubiera sido que se brinde un adecuado tratamiento sistemático al contrato de prestación profesional, tal como se proponía en el Proyecto de 1993 (PEN).

⁵⁸⁵ En efecto, señala que “Excluir la responsabilidad objetiva por el uso de cosas riesgosas en el campo de la medicina tiene su razón de ser. Es que el progreso de la medicina va de la mano de la utilización de todo tipo de aparatos, desde los más sencillos a los más complejos, que son utilizados en beneficio del propio paciente. Muchas de esas cosas son riesgosas por su propia naturaleza, como por ejemplo un simple bisturí o un complejo aparato para realizar cateterismos. Pero su uso reporta beneficios enormes para los pacientes que requieren su empleo. De ahí que hay riesgos que van de la mano con los beneficios. Es evidente que si la ciencia médica no hubiera avanzado como lo hizo no se darían muchos de los daños que ocupan la atención de los tribunales. El progreso conlleva riesgos y provoca a veces efectos no deseados. Las técnicas diagnósticas y quirúrgicas son cada vez más sofisticadas, y si bien tienen mayor efectividad, en muchos casos pecan de agresividad. Se trata de supuestos en donde puede invocarse plenamente el estado de necesidad. En estos supuestos hacer responsable al médico objetivamente por el riesgo de la cosa empleada supone un exceso que iría en contra de los pacientes, pues los profesionales no se arriesgarían a una futura demanda indemnizatoria. De ahí que se sostiene que en la medida que la cosa no haya escapado de lo que es el acto médico propiamente dicho, la responsabilidad seguirá siendo subjetiva. Ahora bien, esta verdadera excepción en el campo de los médicos no tiene ninguna explicación en los casos de otros profesionales. Supongamos que un ingeniero a cargo de una demolición en la que se usan explosivos genera un daño a terceros. No hay vicio alguno en los explosivos sino que por el contrario estaban en perfecto estado y cumplieron la función que le era propia. Nos preguntamos si en tal caso habrá que probar la culpa del ingeniero. Transformar en regla general lo que era una excepción en principio no resulta acertado a nuestro criterio”, conf. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto Antonio, “Los deberes profesionales y la responsabilidad por incumplimiento”, *cit.*, pp. 63 y 64. Respecto de lo que señala dicho notable jurista en cuanto a los médicos lo compartimos, en tanto no deben ser condenados en base a factores objetivos, no así el acogimiento de esta dual clasificación obligacional. Remitimos a nuestra obra *Misión, derechos, deberes y responsabilidad del abogado*, *cit.*, pp. 147 y s.s.

de su eficacia” -inc. b)-, y de un “resultado eficaz prometido” -inc. c)-. Como se observa la doctrina binaria en sí se ha transformado en varias especies distintas, tal como lo resaltaban ya hace más de medio siglo los autores franceses y que tuvo un sonado eco en la doctrina vernácula⁵⁸⁶.

En efecto, y a modo de resumen, se podrá sostener que el nuevo Código argentino determina estos principios, al menos para los profesionales liberales.

Pues, en general están sujetos a las reglas de las *obligaciones de hacer* (podría haber mencionado a los principios que rigen su ciencia particular, especialmente los derivados de la deontología), siendo su *responsabilidad subjetiva* -conf. arts. 1768 y 774 inc. a)-, corriendo con la carga de la prueba de la culpa del profesional aquel que pretende la indemnización -conf. art. 1734- (obligaciones de medios “normales”); ahora bien, también es posible que el juez haga uso de la facultad que concede el art. 1735, invirtiendo la carga de la prueba, debiendo el profesional acreditar haber actuado en la emergencia con la diligencia debida -prueba de la no culpa-, según lo prevé el art. 1735 (y aquí ya podemos hablar de obligaciones de medios “reforzadas”, o con inversión de la carga probatoria -aunque algunos vean allí obligaciones de resultados “atenuadas”-).

Pasando al otro plano, es factible que el profesional haya prometido o comprometido un “resultado concreto” (art. 1768), en cuyo caso su *responsabilidad será objetiva* (art. 1723). Ahora bien, como señalamos recién, dicho resultado “concreto” al que se refiere el art. 1768, bien puede entenderse como sinónimo de resultado “determinado” (vg. art. 1723). Además debemos recordar que en el art. 744 se alude a cierto resultado concreto, pero “con independencia de su eficacia” (inc. b.) y también a un “resultado eficaz prometido” (inc. c.), lo que al menos nos darían dos distintas clases de obligaciones de resultado. Unas “ordinarias o comunes”, si se quiere, y otras “reforzadas o agravadas” (aunque podrían ser más reforzadas aún, por ejemplo, cuando ni siquiera la prueba del *casus* alcance al deudor para eximirlo de responsabilidad⁵⁸⁷).

Sostenemos ello más allá que en general se usen distintos calificativos ante la variedad de situaciones planteadas y siempre teniendo en consideración que nosotros deseamos de plano a tan asombrosa y artificial clasificación obligacional.

Vale decir, insistimos, las dos especies han mutado y se han reproducido generando por lo menos cuatro clases de obligaciones⁵⁸⁸ (decimos “por lo menos cuatro”, pues también puede pensarse en cinco tipos de obligaciones, todas nacidas de aquel par binario⁵⁸⁹), tal

⁵⁸⁶ En efecto, además de las citas de Atilio A. Alterini y de Juan Martín Alterini ya realizadas, Jorge Horacio Alterini en el año 1965, señaló que “Hay que distinguir la producción del resultado de su ‘eficacia’ del mismo. El empresario que se compromete a realizar obras tendientes a captar aguas subterráneas, ¿cumple su obligación si verificadas aquéllas no resultan aptas para captar las aguas o lo hace en volumen escaso? El resultado -la obra- se ha realizado pero es ineficaz; nuevamente el pacto que ata a las partes dará la solución. Si el empresario garantizó el afloramiento de las aguas y con volumen suficiente, será responsable por la ineficacia de su resultado. Si sólo aseguró la construcción de la obra, ese resultado deficiente le bastará para liberarse”, conf. ALTERINI, Jorge Horacio, “Obligaciones de resultado y de medios”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XX, pp. 700 y ss.

⁵⁸⁷ Es claro que si una obligación de resultado es tan “reforzada o agravada”, al punto que ni siquiera el *casus* (causa ajena o caso fortuito) alcance para eximir de responsabilidad al deudor (como en general se proclama su calidad “eximente” en el art. 1722 del Código Civil y Comercial), ya estaríamos incluso “trastocando” otro elemento de la responsabilidad civil; nos referimos a que en tal situación no existiría una relación de causalidad adecuada entre el comportamiento imputado (del profesional del Derecho en nuestro caso) y el daño generado. Ello solo sería posible, no si se admite esta “súper especie” de obligaciones, sino cuando la ley impute o presume la causalidad (conf. art. 1736 del nuevo Código y art. 1733, inc. b. del nuevo Código) o el propio deudor haya tomado a su cargo las consecuencias del *casus* (conf. art. 1733, inc. a., del nuevo Código Civil y Comercial; solución que encuentra su correlato o antecedente en el art. 513 del Código de Vélez).

⁵⁸⁸ Siendo éstas las obligaciones de “medios normales” (art. 774, inc. a. y art. 1768, primera parte), en donde el actor o acreedor deberá acreditar la culpa del deudor; las de “medios agravadas”, vale decir con el régimen de prueba invertido, pues el deudor deberá demostrar haber actuado sin culpa (art. 1735 CCyC); obligaciones de “resultados normales”, donde el agente deberá demostrar la causa ajena para liberarse (conf. art. 774, inc. b. y, tal vez, inc. c.; arts. 1722, 1723 y 1768, cuando se hubiere prometido un resultado concreto o determinado); y, finalmente, obligaciones de “resultados agravadas o reforzadas” (vg. art. 1733, cuando el deudor igualmente responde por haber asumido el *casus* o la imposibilidad de cumplimiento).

⁵⁸⁹ En efecto, y continuando con la cita anterior, podemos agregar a tales cuatro especies una quinta, referida a la obligación de “resultado atenuada”, donde el deudor se liberaría demostrando su “no culpa”. Por supuesto que muchos renegarán de este sub-tipo, pues si la obligación es de resultado, el factor debe ser objetivo. Además, esta sub-especie se fundiría o confundiría con la obligación de medios “agravada”, cuando en el caso

como lo puso de manifiesto Esmein hablando del Derecho francés en el año 1952, según lo expusimos en el texto *ut supra*⁵⁹⁰. Lejos de clarificar la situación el nuevo Código argentino está generando más interrogantes que respuestas satisfactorias; de hecho, adolece de una suerte de retroceso de unas seis o siete décadas. Pero sigamos con lo nuestro.

2.6.5.2. Reglas probatorias “generales” y carga dinámica de las pruebas.

Si bien más adelante vamos a ahondar estos temas, ahora queremos dejar constancia que el nuevo Código argentino establece como regla que el actor -ex cliente del abogado, o un tercero que lo demande- debe demostrar los denominados presupuestos de la responsabilidad civil.

En ese aspecto los arts. 1734, 1736 y 1744 establecen que en principio el actor debe acreditar el factor de atribución de responsabilidad (culpa “del” profesional, por regla), la relación de causalidad y el daño alegado. Ello salvo disposición legal en contrario -referido a los factores de atribución-, o que se impute o presuma la relación de causalidad o el daño (o que tales perjuicios surjan notorios, *in re ipsa loquitur*). Obviamente quien invoque una circunstancia eximente, causa ajena o imposibilidad de cumplimiento, también corre con su prueba, según lo indican claramente esas mismas normas.

Ahora bien, y reiteramos, también es factible que el Tribunal, en uso de sus facultades judiciales, aplique la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. En efecto, dice el art. 1735 que

“No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso comunicará a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa”.

El tema de las cargas probatorias dinámicas, como veremos *infra*, es muy discutido en la actualidad y existen posturas que directamente señalan que son inconstitucionales⁵⁹¹. No obstante, en general la doctrina las ha admitido. De esta última tendencia se hizo eco el nuevo Código siguiendo el camino trazado por el Proyecto del año 1998. Aunque no debe confundirse la doctrina de la carga dinámica con la adjudicación a quien está en mejores condiciones probatorias, no obstante que en general se las asimile.

Pues bien, en materia de juicios derivados de malas prácticas profesionales (sobre todo la médica⁵⁹²) es muy factible que los magistrados hagan uso y “abuso” de las mentadas facultades generando en la práctica una suerte de *inversión de la carga probatoria* (ya sea de la culpa, cuanto de la relación de causalidad -que para cierta corriente doctrinaria también sería aplicable-), puesto que el profesional deberá acreditar haber actuado diligentemente, o que el daño, en definitiva, es producto de una causa ajena, debiendo acreditar la ruptura del nexo causal.

Ahora bien, ello dependerá de cada situación de que se trate y de cada profesión involucrada. Por ejemplo, la mayoría de la doctrina proclama que los *notarios* están sujetos a obligaciones de fines. Por lo tanto, ni siquiera haría falta a los jueces aplicar la teoría de las

se haya aplicado la doctrina de la carga probatoria dinámica, por ejemplo. Nosotros simplemente renegamos de todas estas sub-categorías, pues toda obligación es de medios y fines a la vez.

⁵⁹⁰ Recordemos la clasificación ya esbozada por Esmein en el año 1952 en donde también hablaba de obligaciones de medios en donde la prueba de la culpa corre por cuenta del actor o acreedor; otras en las que se invierte su prueba debiendo el deudor demostrar su actuar diligente; y aquellas otras (de resultado) en donde solo se exige el deudor demostrando el caso fortuito, fuerza mayor o causa extraña no imputable; hasta incluso otras (de garantía) en donde dicha prueba resulta irrelevante, pues el deudor responde incluso ante el caso fortuito.

⁵⁹¹ Conf. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional*, Zeus S.R.L., Rosario, 2003 y *Teoría General del Proceso*; específicamente aborda esta cuestión en el capítulo que trata sobre la prueba.

⁵⁹² A pesar de compartir la clasificación obligacional “binaria” resalta con acierto Vázquez Ferreyra que “no vemos con buenos ojos una práctica judicial reciente según la cual, en todo juicio de responsabilidad civil médica, algunos jueces de manera automática, al inicio de proceso adviertan que aplicarán el art. 1735 del CCyC”, conf. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto Antonio, “Los deberes profesionales y la responsabilidad por incumplimiento”, *cit.*, p. 61.

cargas probatorias dinámicas, pues según las reglas del nuevo Código, los escribanos estarían obligados “objetivamente”.

Aunque también existen excepciones en el campo del quehacer de los *escribanos*, pues si bien por regla (según la doctrina mayoritaria) están obligados a resultados (otorgamiento de un instrumento válido; asesoramiento a las partes; labor fedante o autenticadora; expedición de copias y conservación del protocolo; fe de conocimiento - identificación-; inscripción del instrumento en el Registro pertinente, etc.), a veces lo están a cumplir sólo una actividad diligente (vg. estudio de títulos). Incluso si el daño lo reclama un tercero y no sus requirentes o rogantes, allí, se sostiene, el deber de resultado se transforma en una obligación de medios.

Como puede observarse otra vez invade esa artificiosa clasificación en este campo profesional. Ya dijimos varias veces que no compartimos esta postura facilista y que nada resuelve. En puridad esa dupla obligacional es una fantasía, una falacia que pretende resolver problemas probatorios cuando en realidad crea otros. Pero sigamos con nuestra tesis, en la cual ya podemos determinar algunas conclusiones provisorias enfocados más en lo que sucede -o sucederá- respecto de los abogados.

2.6.6. Algunas conclusiones provisorias.

Como primera medida hemos de resaltar que la mentada categorización ha desbordado las expectativas del propio DEMOGUE. Ello pues hoy, casi un siglo después de la sistematización de tal jurista francés, se estima en forma prácticamente unánime por sus seguidores que la clasificación de las obligaciones en de medios y resultado es aplicable, o cobra operatividad, en ambos regímenes de responsabilidad. Dato importante a tener en cuenta en aquellos países que aún mantienen vigente la perniciosa dualidad responsabilizante, contractual/extracontractual, que son prácticamente todos menos Argentina (y recordaremos que en Argentina, dicha unificación se hizo “a medias”).

Además, si bien en su origen esta clasificación se refería a las obligaciones de “hacer” (tal como son las del “profesional”), para los autores que la admiten ya se trata de una *summa divisio* aplicable a todo tipo de obligaciones, incluidas las de “no hacer” y las de “dar”⁵⁹³. Ello demuestra acabadamente esa “extensión omnicompreensiva” que ha tenido esta doctrina.

Ahora bien, *evidentemente bajo estos cánones se estimó que la prestación del profesional de la medicina*⁵⁹⁴ *o de la abogacía*⁵⁹⁵ *constituía una típica obligación de medios.*

⁵⁹³ Ver, entre otros, LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, Tomo I, *cit.*, págs. 468 y s.s.

⁵⁹⁴ Entre muchos precedentes remarcamos éste: “Cabe recordar que la obligación profesional que asume el médico no es curar al enfermo, sino solamente una obligación de medio, es decir, atender al paciente con diligencia y prudencia, sin asegurar un resultado. En consecuencia, no se presume la relación causal y quien imputa a un médico el incumplimiento culpable de esa obligación tiene a su cargo la prueba de que los servicios profesionales se prestaron sin el cuidado y la atención exigibles”, CCAdm. de Tucumán, Sala 2, 12-02-2003, “M. S. P. c/S., s/Daños y perjuicios”, sentencia n° 13, resolución que compila GASPARETTI, Viviana Inés, “La Culpa. Provincia de Tucumán”, en *Revista de Derecho de Daños, 2009-1, La culpa -I*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, pág. 465.

⁵⁹⁵ “La función del abogado es la de conducir el pleito bajo su dirección intelectual, pero su obligación no es de resultado, sino de medio, dado que únicamente debe poner de su parte todos los conocimientos, diligencias y prudencia con el fin de obtener un resultado favorable a los intereses de su cliente, pero sin garantizar el éxito de su gestión. Para acreditar el incumplimiento de estos supuestos no bastará con probar la no obtención del resultado apetecido sino que deberá demostrarse que ello sucedió por culpa del profesional, quien no se condujo con la diligencia adecuada, es decir que actuó con negligencia, imprudencia o desidia... (voto Dr. Bruni)”, C.J. de San Juan, 29-5-87, expte. 2399, “Flores, Carlos Rolando c/FATRE s/Ordinario. Inconstitucionalidad”, publicado en: ALFERILLO, Pascual E., “Jurisprudencia Provincia de San Juan”, en *Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, pág. 511. En México se resalta también que el abogado al no poder garantizar el éxito de su gestión está en presencia o ante una obligación de medios y no de resultado, conf. GALINGO GARFIA, Ignacio, “El abogado litigante. Algunas reflexiones”, en *El papel del abogado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Universidad Americana de Acapulco, Porrúa, México, 1999, pág. 73. En España igualmente se señaló que la nota general de los supuestos de responsabilidad profesional “es la de que se trata de una obligación de medios y no de resultado, lo que supone que será el perjudicado quien habrá de probar la negligencia de aquél, sin que se invierta la carga de la prueba. Así se recoge en las SSTs de 14 de julio de 2005 (RJ 2005, 6532), 12 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9285), 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372) y 30 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 333), entre otras”, conf. CERVERA MARTÍNEZ, Marta, “Responsabilidad civil del abogado”, publicado en *RCyS*, 2006, págs. 340 y

En verdad pareciera haber sido ideada esta clasificación para su aplicación al campo de la responsabilidad profesional, por excelencia la médica⁵⁹⁶.

Entonces, queda claro que el profesional del Derecho -*abogado* para ser precisos- se obliga frente a su cliente a través de una obligación de actividad (según los postulados de esta doctrina).

Recordemos los parámetros que eran tenidos en cuenta para determinar si una obligación es de medios o fines, y veremos más patente la cuestión. En efecto, *el abogado no puede prometer el resultado*⁵⁹⁷, ello está vedado tanto desde el aspecto ético, cuanto jurídico⁵⁹⁸. Además, *la prestación que éste ejecuta está sujeta al azar*. Es evidente que hay riesgos en el ejercicio de esta profesión, mucho más si la prestación es realizada en sede judicial. Es decir que *el interés final del cliente es aleatorio o contingente*. Por cierto que si tenemos presente el hecho que *el abogado percibe igualmente -aunque disminuida- su contraprestación -honorarios profesionales- independientemente de que se haya llegado a un resultado favorable* -sentencia que reconoce la posición jurídica defendida por éste-, tendremos otro criterio más para configurar a su obligación como de actividad.

Por lo tanto, esta notoria aleatoriedad que rodea a la actividad propia del abogado (sumada a otros factores secundarios, como ser la situación de las partes, el derecho a la contraprestación, etcétera), determina que *la obligación del profesional jurídico, al menos su prestación principal, sea sólo de medios*. Así razonan genéricamente los que comparten tal distinción⁵⁹⁹.

s.s. También resalta que el abogado que asume la defensa de su cliente tiene a su cargo una obligación de medios, y no de resultado, la sentencia del Tribunal Supremo n° 334/2003 de fecha 8 de abril de 2003. En dicha resolución se señala que el abogado debe desplegar todas aquellas actuaciones forenses que resulten acordes con la *lex artis* de su profesión. Ver el comentario que realiza JEREZ CALDERÓN, JOSÉ JOAQUÍN, "La responsabilidad civil del abogado por negligencia en la proposición de prueba: comentario a la sentencia de la Sala primera de lo civil del Tribunal Supremo número 334/2003, de 8 de abril de 2003", en *Revista de Derecho Procesal*, 2003, N° 1-3, págs. 501 y s.s. Por último, también menciona varias sentencias del Tribunal Supremo en donde se resalta que la obligación del letrado es de medios -algunas expresamente señalan que el abogado está obligado a desplegar sus actividades conforme a la *lex artis* y sin que opere la inversión de la carga de la prueba- ALVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, "La responsabilidad civil...", *cit.*, págs. 45 y s.s. Entre las sentencias que recuerda debemos remarcar las del 30-12-2002 y 23-5-2001, ya citadas; las sentencias del 8-6-2000, 7-2-2000, 3-10-1998, 28-1-1998, 28-12-1996, 23-12-1992, 4-2-1992 y 5-7-1991, esta última referida al Graduado Social afirmando que no cabe invertir la carga de la prueba. En cuanto a la jurisprudencia más reciente, que reitera tales principios, derivamos a los numerosos fallos que compila LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *Selección de Jurisprudencia. Responsabilidad civil de abogados y procuradores. Responsabilidad Civil y Seguro*, Editorial SEPIN, Madrid, 2016.

⁵⁹⁶ Así, ha enseñado gráficamente LORENZETTI que "es con el surgimiento de las responsabilidades profesionales que se actualiza la distinción, porque al ubicárselas en el terreno contractual se intentó neutralizar la presunción de culpa que imperaba en ese campo. De inadvertido pasajero en el tren jurídico pasó a comandar las cosas, y la realidad nos muestra que la distinción obedece a una cuadrícula axiológica: resistir el embate contra las profesiones. Sin embargo... la tesis se ha vuelto muchas veces en contra de los profesionales, al considerarlos como frecuentes deudores de obligaciones específicas de resultado"; conf. LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, Tomo I, *cit.*, pág. 484.

⁵⁹⁷ Ha resuelto la jurisprudencia que "El contrato que celebran cliente y abogado para la defensa de los derechos del primero con motivo del ejercicio profesional debe enmarcarse en lo que se denomina 'contrato atípico', donde el profesional no asegura el éxito del proceso, sino el empleo de los recursos conducentes al mismo, constituyéndose en una obligación de medios y no de resultado", C1ª CCom. de Mar del Plata, sala I, 17-9-96, "Guzmán Martí, Armando y otra c/Efron, José V. y otro", publicado en *L.L.B.A.*, 1998-235 y en *J.A.* 1997-III-32. Dicho parecer es reiterado en muchísimas sentencias, dentro y fuera del territorio nacional argentino como lo demostramos en esta tesis, también con sus escasas excepciones y distintos nombres dados al contrato que vincula al profesional del Derecho con su cliente, que en general le llaman arrendamiento de servicios.

⁵⁹⁸ Claro que mucho depende de lo que se entienda por "resultado". Si éste es el éxito judicial de su gestión, por supuesto que el letrado no puede garantizarlo. Pero no es así si entendemos por tal a realizar una actividad determinada con suma cautela, diligentemente, acorde a los conocimientos profesionales específicos, etc. Cómo vemos esto es bastante relativo, por ello nuestra postura "superadora" de este artificial distingo.

⁵⁹⁹ Entre otros, BARRAZA, Javier Indalecio, "Una sentencia paradójica. La responsabilidad de los profesionales", *La Ley*, 2000-E, págs. 285 y s.s.; BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, "Naturaleza de la relación entre abogado y cliente", *cit.*, págs. 135 y s.s.; CASTIGLIONE, Rafael Alberto, "Enfoque sobre la mala práctica profesional de los abogados", *La Ley NOA*, 2007 (junio), págs. 571 y s.s.; Puede verse en el Derecho español el trabajo de ALVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, "La responsabilidad civil de jueces...", *cit.*, págs. 45 y s.s.; además, y llamativamente casi idéntico: CERVERA MARTÍNEZ, Marta, "Responsabilidad civil del abogado", publicado en *RCyS*, 2006, págs. 340 y s.s.; FRADES DE LA FUENTE, Eva, "La responsabilidad profesional frente a terceros por consejos negligentes", Dykinson, Madrid, 1999, págs. 98 y 99. Volviendo al Derecho argentino, comparten estas conclusiones, entre otros, COMPIANI, María Fabiana y STIGLITZ, Rubén S., "De algunas responsabilidades profesionales...", *cit.*, págs. 205 y s.s.; DÍAZ, Eduardo A., "Responsabilidad del abogado por la confección de escritos. Casuística jurisprudencial", en

Sin embargo, *también se hace notar que existen obligaciones del abogado que son de resultado*. Esto acontece cuando el mismo se obliga a una actividad determinada que no implica “riesgo jurídico” alguno. Entonces, al desaparecer el azar, el abogado puede obligarse a un “resultado concreto o determinado”. Ejemplos típicos de obligaciones de “fines” del abogado serían la evacuación de dictámenes jurídicos, ciertos asesoramientos, la redacción de contratos o estatutos sociales, el cumplimiento de actos procesales tales como los de concurrir a la Secretaría los días de notificaciones, suscribir y presentar escritos, asistir a las audiencias, interponer los recursos -con “chances” de éxito- contra las sentencias adversas al derecho de su cliente, etcétera.

En otro orden de cosas, debemos remarcar que constituye una tendencia muy generalizada, sobre todo en la jurisprudencia argentina que admite el distingo clasificador binario de obligaciones, relacionar a dicha dicotomía directamente con la actuación del abogado como *apoderado o patrocinante*⁶⁰⁰. Sin dudas que aunque no lo digan expresamente en las resoluciones, esta forma de proceder se fundamenta, en definitiva, también en distintos tipos de transgresiones normativas en las que puede incurrir el letrado que no cumple su función como es debida.

Desde este enfoque, resuelven tales tribunales que el abogado *apoderado* está obligado frente a su cliente a cumplir un resultado o una prestación determinada, puesto que se entiende que es un mandatario, no siendo entonces imprescindible probar la culpa del profesional, pues ésta no estaría ni siquiera en discusión⁶⁰¹. Por el contrario, si el letrado actúa como simple *patrocinante, asesor legal o defensor penal*, su obligación constituiría una mera obligación de medios, siendo en consecuencia necesaria la prueba de la impericia profesional -entre otros “presupuestos”- para que responda frente a su cliente⁶⁰².

Algo semejante -en lo referido a la existencia en el campo profesional de una “genérica obligación de medios” conviviendo con posibles obligaciones de resultado- ha pasado en la actividad médica. En efecto, nuestro estimado amigo y distinguido profesor salmantino Eugenio LLAMAS POMBO ha señalado hace tres décadas que “es casi unánime

elDial.com, cit.; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L, “La responsabilidad profesional del abogado y el resarcimiento del daño moral”, publicado en *RCyS*, 2005, págs. 480 y s.s. y “Responsabilidad de abogados y procuradores por pérdida de chance”, publicado en *RCyS*, 2002, págs. 409 y s.s.; PETTIS, Christian R., “La caducidad de la instancia y la responsabilidad civil consecuente de los profesionales intervinientes”, *La Ley*, 2006-B, págs. 580 y s.s.; TRIGO REPRESAS, Félix A., “Falta de legitimación ‘ad causam’ del actor y responsabilidad civil del abogado”, *La Ley*, 2007-B, págs. 570 y s.s., y en “Los distintos roles del abogado: apoderado, consultor, patrocinante. Deberes y responsabilidades en cada caso”, *cit.*, pág. 76; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Responsabilidad civil de los abogados. Daño moral”, *J.A.*, 1992-IV, pág. 618.

⁶⁰⁰ Ver al respecto TRIGO REPRESAS, Félix A., “Los distintos roles del abogado...”, *cit.*, págs. 74 y s.s.; ANDORNO, Luis O. “La responsabilidad de los abogados en los Proyectos de Reforma del Código Civil”, *cit.*, págs. 169 y s.s. Este último jurista llega a las siguientes conclusiones: cuando el abogado actúa como consultor o asesor, patrocinante o defensor en causa penal, así como cuando actúa extrajudicialmente, su obligación es simplemente de medios; en cambio, cuando el letrado actúa como apoderado o procurador, se estima que su obligación es determinada o de resultado en lo que concierne a los actos de su específica incumbencia. Ver, *art. cit.*, págs. 183 y 184, conclusiones cuarta y quinta.

⁶⁰¹ En tal sentido se expiden numerosos Tribunales argentinos, pudiendo citarse estos casos: Cámara de Apelaciones de Río Grande, Sala Civil Comercial y del Trabajo, 12-04-2004, “Kenneth Duncan Mac-Kay Mac-Phee c/W., C. G.”, *La Ley Patagonia*, 2004, (octubre), 620; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala I, 09-02-1999, “S., O. c/C., C. A. y otro”, *La Ley Litoral*, 1999, 750; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 27-09-1999, “M., W. H. c/G., C. A.”, *La Ley*, 2000-E, 286 con nota de Javier Indalecio Barraza; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, 17-04-2006, “M., E. E. c/S., J. A.”, *R. C. y S.*, 2007, II, 110; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 26-12-1991, “Pinheiro de Malerba L., Esther c/Nostro, Alicia N.”, *La Ley*, 1993-A, 64. Estas sentencias están agrupadas por PREVOT, Juan Manuel, *ob. cit.*, págs. 451 y s.s.

⁶⁰² Ver fallos emanados de: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 13-03-1996, “R., H. D. c/C., D. A.”, *La Ley*, 1997-F, 938; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, 08-02-1990, “Cristal, Soc. en Com. Por Accs. c/Paterno, Ana M.”, *La Ley*, 1990-C, 76, *D. J.*, 1990-2, 820; Cámara en lo Civil y Comercial, de Trabajo y Familia de Cruz del Eje, 27-03-1998, “Marcuzzi, Rolando O. c/P., J. E., suc. 1°”, *La Ley*, 1999-D, 793; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, 23-03-2005, “A., J. T. c/Uriarte, Susana L. y otros”, *D. J.*, 2005-2, 498; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, 20-10-2004, “Zapana, Leucadio c/L., C. G. y otro”, *D. J.*, 2004-3, 1329; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, 15-06-1995, “Aguerrondo, María Inés c/Blanco, Gerardo”, *La Ley*, 1996-A, 15; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 26-12-1991, “Pinheiro de Malerba L., Esther c/Nostro, Alicia N.”, *La Ley*, 1993-A, 64; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 09-05-1986, “Municipalidad de la Capital c/E. J. R.”, *La Ley*, 1986-D, 533, *D. J.*, 1987-1, 102. Tales sentencias también están compiladas por PREVOT, Juan Manuel, *ob. cit.*, págs. 449 y s.s.

la opinión de que la obligación del contrato médico, es una obligación de medios... Toda actividad médica conlleva una incertidumbre y un alea, de los cuales el facultativo nunca podrá desprenderse, por más que la ciencia avance y la técnica aporte nuevos y sofisticados medios”⁶⁰³.

Pero no obstante proclamar con carácter general que la prestación del médico constituye una obligación de medios, inmediatamente después se aclara que también el médico puede obligarse a “resultados” concretos. Entrarían dentro de este grupo excepcional las obligaciones derivadas de: la emisión de dictámenes y certificados médicos; los análisis clínicos; ciertas obligaciones originadas en actividades relativas a la odontología -vale recordar que en España los odontólogos son “médicos”, a diferencia de lo que ocurre en Argentina- y a la cirugía estética (al menos la cirugía estética meramente “embellecedora”; no abarcando a la “reparadora”).

Es decir que si bien “el deber principal y, por lo demás, más frecuente de los que asume el médico -esto es, el deber de asistencia y cuidado al enfermo-, constituye una obligación de medios, es necesario admitir la existencia de determinados supuestos en que se presenta una obligación de resultado, bien entendido que se trata de casos excepcionales”⁶⁰⁴.

Siendo que la obligación del médico es, según se apuntó, por regla, de medios, ha de ser el paciente demandante quien debe demostrar que el daño sufrido se debe a la culpa médica. Tal prueba es sumamente dificultosa, cuando no de cumplimiento imposible. Es decir que el *onus probandi* atenta contra su legítimo derecho de acudir a la Justicia. Sobre sus espaldas se carga con el peso de la demostración del hecho antijurídico, del daño, el nexo causal y la culpa del profesional⁶⁰⁵. Con tal panorama desalentador no faltaron voces que aclamaron a gritos que esta clasificación era injusta, pues funcionaba como un escudo protector para los médicos, al no poder en la práctica probarse el actuar culposo de los facultativos⁶⁰⁶.

Ahora bien, estas consideraciones -explicadas genéricamente- fueron mutando con el paso de los años, principalmente por obra pretoriana. En efecto, en los distintos países donde la prueba de la culpa médica era de cumplimiento *quasi* imposible para la víctima -actora en un proceso de daños- se forjaron teorías que tendían a equilibrar la situación probatoria, beneficiando, de esta forma, al paciente que iniciara un juicio por mala praxis⁶⁰⁷.

⁶⁰³ *La Responsabilidad Civil del Médico...*, cit., págs. 72 *in fine* y 73.

⁶⁰⁴ *Ibidem* cita anterior, pág. 77. También señalamos que los ejemplos referidos al arte médico fueron tomados del mencionado libro de tesis del profesor salmantino. En el Derecho argentino puede verse con provecho LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, Tomo I, cit., págs. 479 y s.s. Allí dice el profesor rosarino que en la actividad médica el alea es la reacción del paciente; y que se han identificado en el contrato médico algunos tipos de prestaciones exclusivamente “técnicas” que no se complican con el alea y que serían de resultado, o cuando se trata de “mecánica” y no de medicina, ejemplificando con la transfusión sanguínea; la emisión de dictámenes y certificados; análisis clínicos; prótesis dentales; intervenciones quirúrgicas menores; etc. No obstante, el mismo jurista, correctamente, afirma que esta idea es relativa. Por ejemplo, resulta muy difícil establecer cuáles son las intervenciones de alea disminuida -intervenciones quirúrgicas menores- y lo mismo puede decirse respecto de las transfusiones, dictámenes, exámenes, etc., puesto que a veces son complejos.

⁶⁰⁵ Al respecto se ha resuelto que “La culpa en que pudiera haber incurrido el médico en el cumplimiento de su obligación debe ser demostrada por quien la alega y cada caso ha de exigir de los jueces un examen particular. En consecuencia el paciente deberá demostrar que existe la relación contractual, que existe daño y que ese resultado dañoso o lesivo es imputable a la actividad de ese médico”, CCDoc. y Loc. de Tucumán, Sala 2, 22-02-2000, “Fuentes, Florencio Nacienceno c/Martoni, Carlos, s/Daños y perjuicios”.

⁶⁰⁶ En tal sentido expone WAYAR que “Es mucho más lógico que sea el deudor quien pruebe que cumplió una prestación acorde con las reglas de la ciencia o de la técnica, y que si no se obtuvo el resultado que el acreedor esperaba, esta frustración se debió a causas extrañas a la prestación misma, o a razones no imputables al deudor. Es ésta la finalidad concreta que se persigue. Para imponerla es necesario negarle validez a la clasificación de Demogue, que otrora rindió sus frutos pero que hoy es ineficaz para resolver con justicia el conflicto de intereses que se plantea en las relaciones jurídicas a las cuales pretende regular; en particular, en las prestaciones que derivan del ejercicio de profesiones especializadas”. Ver su obra de tesis plasmada en: WAYAR, Ernesto C., *Derecho Civil, Obligaciones*, t. 1, Depalma, Buenos Aires, 1990, pág. 128.

⁶⁰⁷ Tratando sobre la cuestión en España, aunque con clara vocación de universalidad -al menos respecto de los ordenamientos que estudiamos-, se ha señalado con acierto que “En general, nuestra jurisprudencia impone la carga de la culpa médica al enfermo o sus herederos. Sin embargo este criterio ha sido atemperado por algunas sentencias, con expedientes paliativos, ante la dificultad probatoria con que se encuentra el enfermo demandante o sus herederos, que es deseada por la doctrina y la propia jurisprudencia en los diversos ordenamientos jurídicos”, conf. CABANILLAS, Antonio, “La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de ‘lex artis’ y la carga de la prueba” (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1990),

Entre estas teorías, que son ya moneda corriente, cabe mencionar al principio *res ipsa loquitur*, la prueba *prima facie* o *Anscheinsbeweis*, la denominada *faute virtuelle*, y algunas presunciones. Todos estos conceptos tienen una finalidad común: equilibrar el *onus probandi* en beneficio manifiesto de las víctimas -ante todo de malas prácticas médicas- que pretenden una indemnización pecuniaria por el daño padecido. Se puede decir que derivan de la regla madre que está imperando en la responsabilidad civil en las últimas cinco décadas; nos referimos al principio *pro damnato*.

Con una finalidad explicativa elemental, vamos a señalar sobre qué versan, o de qué tratan, los principios o teorías recién nombrados. Para el maestro salmantino, LLAMAS POMBO, la regla *res ipsa loquitur* -las cosas hablan o gritan por sí mismas- es una presunción “en virtud de la cual se permite deducir de un hecho probado y evidente la existencia de culpa”⁶⁰⁸. También se puso de manifiesto que de una circunstancia evidente es posible, asimismo, presumir la causalidad.

Tal criterio es muy difundido entre los tribunales que pertenecen al sistema del *Common Law* (*the thing speaks for it self*), para presumir justamente la culpa del sindicado como responsable⁶⁰⁹. La mentada máxima indica que dado lo elocuente del hecho, el mismo es suficiente *per se* para justificar la conclusión de que lo más probable es que el demandado fue negligente y que dicha negligencia fue la que originó el daño⁶¹⁰.

Por último, hay que precisar que tal adagio -que ya lo proclamara CICERÓN- es usado por los tribunales italianos y españoles “bajo la denominación *id quod plerumque accedit*”⁶¹¹ -regla de la experiencia común-.

Muy próximo al principio *res ipsa loquitur* -en puridad *res loquitur ipsa*⁶¹²- está la prueba *prima facie* o *Anscheinsbeweis* -prueba por apariencia- “consistente en deducir la causalidad y la culpa de máximas de experiencia. Viene a ser la versión alemana e italiana de la regla angloamericana *res ipsa loquitur*. La conclusión o convencimiento, a diferencia de las pruebas de presunciones, no se obtiene aquí de un hecho absolutamente probado, sino de una máxima de experiencia”⁶¹³.

Hablando del Derecho alemán, también merece destacarse el principio de la *Waffengleichheit*, que tiene la virtualidad de igualar a las partes en un proceso de responsabilidad. Como siempre tratándose de mala praxis médica (cuna de todas o casi todas

en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pág. 909. También puede recurrirse al trabajo citado para tener un panorama general respecto de lo que ocurre en la cuestión referida a la carga de la prueba de la negligencia del arquitecto-director, aparejador, ingeniero y demás técnicos que intervienen en el proceso “edificatorio” cuando se produce la ruina del inmueble, que en general se entiende que están sujetos a una obligación de medios, pero con inversión de la carga de la prueba de la culpa (presunción *iuris tantum* de la culpa profesional a la luz de lo preceptuado por el art. 1.591 del Código Civil español); dicho estudio cuenta, además, con interesantes citas de sentencias del Tribunal Supremo, aunque lógicamente también recomendamos la reciente obra que recoge toda la jurisprudencia sobre nuestra temática de López Valverde (directora).

⁶⁰⁸ Conf. LLAMAS POMBO, Eugenio, “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Juan Antonio Moreno Martínez (Coordinador), Dykinson, Madrid, 2000, pág. 308.

⁶⁰⁹ Así, en el entorno del *Common Law* dicha regla supone que en determinadas circunstancias se presume la culpa del demandado sólo por la forma en que se produjo el accidente. Equivale a la inversión probatoria que han realizado los Tribunales españoles al aplicar el art. 1902 del Código Civil. Mediante tal inversión “se presume la culpa del demandado cuando los medios a través de los cuales se causó el daño se hallaban bajo su exclusivo control. Será éste quien deba probar que hizo todo lo que pudo para evitar el daño”, conf. FRADES DE LA FUENTE, Eva, “La responsabilidad profesional...”, *cit.*, pág. 97.

⁶¹⁰ Ver CABANILLAS, *art. cit.*, pág. 911, donde sigue las enseñanzas de FLEMING y MARKESINIS, ineludibles referentes en la materia en el Derecho anglosajón.

⁶¹¹ LLAMAS POMBO, *art. cit.*, pág. 309.

⁶¹² Comenta el gran catedrático salmantino Mariano ALONSO PÉREZ que “La frase, alterada por los jueces anglosajones, procede del discurso forense ‘en defensa de Milón’, que al parecer dio la orden de tender una emboscada a Clodio, jefe del partido popular, en el que cayó asesinado. Cicerón... Trató de probar que los hechos hablan elocuentemente a favor de Milón; los mismos hechos demuestran que Clodio fue el agresor, y un cúmulo de circunstancias ponen de manifiesto que Milón no premeditó su muerte, sino que actuó en legítima defensa: ‘los hechos hablan por sí mismos, jueces, que son las pruebas más convincentes’ (*Res loquitur ipsa, iudices, quae semper valet plurimum: ‘Pro T. Annio Milone oratio’, 20, 53 in fine*)”. Ver ALONSO PÉREZ, Mariano, “La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil” (En torno a la “lex artis”), en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, *ob. cit.*, pág. 49, nota 89.

⁶¹³ LLAMAS POMBO, Eugenio, “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”, *cit.*, págs. 311 y 312.

estas teorías), implica que el médico debe posibilitar al paciente (cliente) la prueba de su pretensión. Además, el Tribunal Federal Superior alemán (BGH) ha reconocido la existencia de una obligación de documentación (como parte del deber de información) que se extiende al diagnóstico, terapia y sus efectos. “El principio de la *Waffengleichheit* exige que el médico haga posible al enfermo la prueba indiciaria a través de la diligente redacción de los actos clínicos”⁶¹⁴. Claro que este deber de certificación tiene influencia en la distribución de la carga de la prueba, comprendiendo incluso la inversión de dicha carga en contra del facultativo⁶¹⁵.

Es muy común, en otro orden de cosas, ver sentencias emanadas de jueces franceses que recurren al concepto de la culpa virtual (*faute virtuelle*) para mejorar la situación probatoria en favor de la víctima, acreedora de una obligación típica de medios⁶¹⁶. Por tal, y “Teniendo en cuenta las circunstancias, se entiende que no es posible que no se haya actuado de una manera culpable: el tribunal no basa su decisión en una presunción, sino en un razonamiento a contrario, ya que si no hubiese existido culpa, no habría surgido daño alguno, por lo que la constatación del daño hace presumir que se ha obrado culposamente”⁶¹⁷.

También en este terreno hemos de mencionar a las numerosas presunciones⁶¹⁸, ora legales, ora judiciales, y hasta encontramos aquellas que sólo fueron doctrinarias en su origen.

En España, específicamente, se ha puesto de manifiesto que “a partir de la STS de 12 de febrero de 1990 se abre camino jurisprudencial la técnica probatoria presuntiva en otras muchas SSTS, como las de 22 de febrero de 1991, 30 de julio de 1991, 13 de octubre de 1992, 4 de noviembre de 1992, 23 de marzo de 1993, etc.”⁶¹⁹. Incluso hay autores que ejemplifican con la sentencia del Tribunal Supremo del primero de diciembre de 1987 que determina la inversión de la carga de la prueba, correspondiéndole al médico demostrar que se comportó acorde a la diligencia exigible. Desde entonces se suceden varias resoluciones del alto Tribunal en ese sendero facilitador del *onus probandi* para el actor (ex paciente-o “pariente” de una víctima de mala praxis médica en el peor de los casos-)⁶²⁰.

⁶¹⁴ CABANILLAS, Antonio, “La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de ‘lex artis’ y la carga de la prueba” (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1990), en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pág. 911.

⁶¹⁵ Es obvio que el médico resultará perjudicado si sustrae o altera documentos que puedan arrojar luz sobre el litigio, así como si la redacción es incompleta o inexacta. En tal sentido, CABANILLAS, Antonio, “La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales...”, *cit.*, pág. 911. Dicha conclusión no es propia del sistema alemán, sino que se repite en copiosa jurisprudencia internacional.

⁶¹⁶ Debemos aclarar que aún estas teorías no hicieron eco en el campo de la responsabilidad civil del abogado como sí lo tuvieron en el médico. Por ejemplo, se ha resuelto que es improcedente presumir la culpa del abogado a partir de la ocurrencia del resultado adverso -en el caso, una sentencia- pues, a diferencia de lo que ocurre en materia de responsabilidad médica, “es inaplicable la regla según la cual probada la acción medical y un resultado adverso, existe una máxima de la experiencia que determina que ese resultado es normalmente producido por culpa en casos similares”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, 04-07-2000, “Cometto, Florindo S. M. c/De Paoli, Silvia”, *La Ley*, 2000-E, 905, (43.092-S).

⁶¹⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pág. 164. También señala CABANILLAS que esta regla -versión francesa de la *res ipsa loquitur*- implica que “De los hechos probados es posible presumir que el demandado es culpable, correspondiéndole probar que el daño es debido a una causa ajena, que no le es imputable”, en “La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de ‘lex artis’...”, *cit.*, pág. 910.

⁶¹⁸ Afirma BUERES, *Responsabilidad civil de los médicos, ob. cit.*, t. 1, pág. 84, que “en el derecho vigente aunque *prima facie* la carga de la prueba siga recayendo en cabeza del paciente, vemos con buenos ojos que los jueces, en cuya prudencia ha de confiarse si tenemos la aspiración de que impere un sistema de derecho abierto, desenvuelto, finalista, con frecuentes llamados a la equidad, etcétera, extraigan la culpa galénica por presunciones judiciales cuando existan indicios que lo permitan... Además, y con carácter excepcional -quede esto bien claro- pensamos que el juez podrá recurrir al criterio del *favor probationes* conforme al cual en determinadas circunstancias cabrá desplazar la carga probatoria hacia el profesional”.

⁶¹⁹ LLAMAS POMBO, “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”, *cit.*, pág. 311. Debemos transcribir dos artículos del Código Civil español para que se entienda bien qué es una presunción. Estos son: artículo 1249 “Las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado”; artículo 1253 “Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”. Cumple aclarar que estas disposiciones fueron derogadas por la “nueva” Ley de Enjuiciamiento Civil del 7 de enero de 2000. Remitimos, entonces, a ese ordenamiento formal, cuyo artículo 385 prevé las presunciones “legales” y el artículo 386 reglamenta las presunciones “judiciales”.

⁶²⁰ Por ejemplo, la STS del 17 de julio de 1989 declara que es el cirujano anestesista quien debe probar que actuó con la diligencia debida; o la STS del 31 de enero de 1990 que considera que si bien la culpa del médico y la relación causal entre ésta y el daño incumbe al actor -ex paciente-, ello no excluye que dichos extremos

Queda descubierto, entonces, que esta típica obligación de medios está siendo objeto de numerosos ataques modernos que tienden a facilitar a la víctima la prueba de la culpa médica y de la relación de causalidad entre la conducta culpable y el daño acaecido. Incluso a veces se llega a presumir la culpa médica, tal como ocurrió precisamente en Italia⁶²¹.

Pero aún hay más. En efecto, como si tal bombardeo no fuese suficiente, en España por ley se determinó la responsabilidad objetiva de los que prestan servicios sanitarios⁶²².

Entonces: ¿es que los cimientos donde se asentó esta difundida clasificación obligacional son tan poco resistentes? ¿No habrán ideado sus precursores el sistema dual en base a factores contingentes, variables e imprecisos? ¿No se habrá construido, acaso, todo el edificio relativo a la clasificación de obligaciones en de medios y resultado, sobre arena movediza?

2.6.7. Nuestra postura al respecto: su superación en el campo procesal: determinación legal, presunciones judiciales y distribución dinámica de las pruebas; y en el ámbito sustancial: la *lex artis ad hoc*.

Ha llegado el momento de expresar abiertamente nuestra opinión sobre el particular. Pues deploramos disentir con gran parte de la “doctrina de los autores” y casi la totalidad de la “judicial” e, incluso, a primera vista, con la “legal” en Argentina, pero en nuestra modesta opinión *esta clasificación binaria de obligaciones en de medios y resultado es una falacia, una obra que tanto tiene de ingeniosa cuanto de irreal, en pocas palabras: no es más que artificiosa construcción jurídica que puede y debe ser superada*; de hecho no fue ni mencionada en la reforma realizada al Código napoleónico en el año 2016.

Por de pronto debemos partir de la premisa que resalta que en verdad no existen diferencias “ontológicas” entre estas obligaciones. Es decir que no hay diferencias esenciales o “naturales” que nos permitan decir con propiedad que ‘esta es una obligación de medios y aquella de fines’. El propio BUERES⁶²³ reconoce tal axioma.

Pero además no estamos conformes con esta doctrina más allá de la falta de diferencias “esenciales” entre dichas supuestas categorías obligacionales⁶²⁴.

puedan ser acreditados por las pruebas de presunciones. Ver: CABANILLAS, Antonio, “La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales...”, *cit.*, pág. 912.

⁶²¹ Hay que mencionar aquí a la sentencia del Tribunal de Casación del 21 de diciembre de 1978. Ya entonces sentó la inversión de la carga de la prueba de la culpa galena, sin negar el carácter de obligación de medios.

⁶²² Nos referimos al artículo 28.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, del 19 de julio de 1984. Solución que fue objeto de numerosas críticas, por cierto. Ver, por su contundencia, entre otros, PARRA LUCAN, M. Ángeles, *Daños por productos y protección de los consumidores*, Bosch, Barcelona, 1990, págs. 352 y s.s.

⁶²³ Expresa el citado jurista “Estamos de acuerdo con la afirmación autoral acerca de que no existen diferencias ontológicas entre las dos clases de deberes jurídicos, en tanto el dato se refiera a la estructura institucional de la obligación, o sea a su estructura orgánica en lo genérico, dado que, en torno a esta última, se advierte que en ambas especies de relaciones jurídicas aparecen los elementos constitutivos que son comunes en cualquier tipo de deber obligacional”, en *Responsabilidad civil de las clínicas*, *cit.*, pág. 134 y 135 y *Responsabilidad civil del escribano*, *ob. cit.*, pág. 50. También señaló que más allá de la referida uniformidad ontológica, “esos medios y fines desempeñan roles diferentes a la hora de precisar el objeto (y el contenido) de cada especie de deberes, y los diferentes parámetros para fijar el cumplimiento (o pago) -definición positiva- y el incumplimiento (en todas sus modalidades) -definición negativa-. Hay deberes que tienen por contenido la diligencia del *solvens* y con la prueba de ella se paga (más allá de que el resultado *no afianzado* se haya malogrado), mientras que en otros deberes -y en ciertos tipos de incumplimientos relativos a la totalidad de las obligaciones- la no culpa no es pago y, por tanto, es irrelevante para eximir al deudor de responsabilidad, pues el resultado no obtenido (y en este caso *afianzado*) perpetúa la obligación hasta el límite de la responsabilidad (*casus*)”, conf. BUERES, Alberto J. y CALVO COSTA, Carlos A. “La responsabilidad de los escribanos por infracción a la fe de conocimiento”, *cit.*, pág. 200, nota 33.

⁶²⁴ Déficit también apuntado por BELLUSCIO cuando dijo que hay que partir “de una verdad incontrovertible, cual es la inexistencia de distinción ontológica entre una y otra categoría. Se trata, normalmente, de una clasificación aplicada a las obligaciones de hacer, ya que en las de dar siempre se tiene en vista el resultado, y en las de no hacer, no cabe más incumplimiento que la violación de la prohibición”, *art. cit.*, pág. 28.

En efecto, ya hemos tenido oportunidad de expresar que *en nuestra concepción todas las obligaciones son de medios y resultado a la vez*⁶²⁵. Ello merced a que el “medio” -o los medios- empleado en el despliegue solutorio es, justamente, la diligencia prometida. El “resultado”, además, de toda obligación, es la prestación misma, sea ésta un *dare*, un *facere* o un *non facere*. Siempre la diligencia se encamina a la consecución de un resultado, caso contrario padecería de ceguera el deudor en su cumplimiento obligacional. Dicho resultado, insistimos, conforma el “contenido” de la obligación, sea ésta de dar, sea de hacer o no hacer. De esta forma se brinda satisfacción al interés del acreedor que constituye el “objeto” de la obligación

En tal sentido nuestro padre y maestro nos enseñó que “no existen obligaciones que no sean a la vez de medios y de resultado. En todas, el deudor compromete diligencia, y en todas se promete un fin mediante el racional empleo de los medios que conducen al resultado que se busca”⁶²⁶. En idéntica postura WAYAR sostuvo que “En aquellas -obligaciones- que la tradición llama de medios es siempre posible hallar un resultado; esto se comienza a comprender cuando se acepta que en toda obligación hay ‘medios’ y se persigue ‘resultados’”⁶²⁷. También MAYO, en Argentina, llega a similar conclusión expresando que “en todas las obligaciones asumen relevancia tanto el *resultado* práctico a lograr como el *empeño o esfuerzo (y también la pericia)* que el deudor debe poner para obtenerlo”⁶²⁸.

También se puso de manifiesto que el medio mismo puede ser considerado como un resultado previo al resultado final. Pero esto es un juego más debido a la relatividad de los conceptos empleados, que una verdadera crítica. En realidad, nociones relativas como ser las de medio-fin, o causa-efecto, tantas veces parecen lo mismo, dependiendo de ello quizás sólo una cuestión referida a la temporalidad. ¿Acaso el efecto no es sino el acto de la potencia causa? Por otro lado, inmiscuirnos en cuestiones netamente semánticas -y hasta filosóficas- no es nuestra finalidad.

Además no nos convence del todo la bifurcación de intereses que realiza el mentado BUERES para justificar que existe una “variante en el objeto de cada especie de obligaciones”⁶²⁹. Ya tuvimos oportunidad de señalar que según su parecer en las obligaciones de medios el interés final (interés definitivo, fin último, resultado, efecto, etcétera) del acreedor, si bien forma parte del objeto de la obligación, el mismo no es de consecución necesaria por parte del deudor, ya que éste es aleatorio. Con ello concluye que en este tipo de obligaciones el deudor cumple con sólo satisfacer el interés primario del acreedor, esto es con desplegar una actividad prudente y diligente. Nos preguntamos, ¿cómo puede ser posible que el “interés final” del acreedor no obstante integrar el objeto de la obligación, no sea de consecución obligatoria? Creemos que la respuesta no puede ser efectuada con sólo afirmar que no resulta obligatorio por ser de carácter aleatorio, contingente o potencial. Es claro que en los contratos aleatorios este interés forma parte del objeto obligacional, pero en éstos es muy tenido en cuenta el grado de aleatoriedad a la hora de determinar la contraprestación debida. Nos preguntamos con WAYAR “¿Se puede afirmar que esto sucede en las obligaciones llamadas de medios?”⁶³⁰.

⁶²⁵ Conf. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol*, t. V, traducción de Delia García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1964, n° 111, quienes ya afirmaban que “en toda obligación habría un resultado a obtener y medios apropiados para lograrlo”.

⁶²⁶ PADILLA, René A., *Responsabilidad civil por mora*, Astrea, Buenos Aires, 1996, pág. 138. También LORENZETTI refuta esta clasificación y nos muestra una “teoría superadora” que compartimos plenamente. Ver, LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, Tomo I, *cit.*, págs. 482 y s.s.

⁶²⁷ *Derecho Civil...*, *ob. cit.*, pág. 129. Allí desarrolla su doctrina que continúa con estas aseveraciones: “A partir de la distinción entre objeto y prestación se obtiene el siguiente esquema: El objeto del derecho del acreedor equivale a un resultado que él espera de la conducta de su deudor; la prestación, o conducta del deudor, es el medio productor de aquel resultado. En este sentido, ‘resultado’ y ‘medio’ son dos elementos que están ligados íntimamente dentro de la estructura de toda relación de obligación; constituyen parte de su esencia. Por eso, afirmar que hay obligaciones de medios en las cuales no se promete ni se deben resultados es equívoco; hasta se puede decir que es errado. Equivale a sostener que en ciertos supuestos el derecho del acreedor carece de objeto. El hecho de que en algunas obligaciones el medio (o prestación) adquiera singular importancia no autoriza a prescindir del resultado”, *ob. cit.*, pág. 129.

⁶²⁸ MAYO, Jorge Alberto, “Casuística de la responsabilidad del abogado...”, *cit.*, pág. 121. La cursiva nos pertenece. Igual postura de tal jurista puede constatarse en “La diligencia. Una relectura de su concepto y funciones en el cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones”, en *La Ley*, 2000-C, págs. 1217 y s.s. y en *Estudios de Derecho Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2005, págs. 123 y s.s.

⁶²⁹ Ver BUERES, *Responsabilidad civil de las clínicas*, *ob. cit.*, pág. 136.

⁶³⁰ WAYAR, *ob. cit.*, págs. 130 y 131. Refuta la doctrina de BUERES nuestro querido profesor recientemente fallecido diciendo “Lo que esta tesis no explica es si el álea, que es un riesgo, debe ser asumido por el acreedor

Como se acaba de ver, estamos en un terreno hartamente opinable donde cada autor tiene su parecer, sea para acoger a esta distinción obligacional, sea para rechazarla. Nuestra postura comulga con este último grupo pero no dejamos de reconocer que nos movemos en un ciclo eterno de posturas, críticas y contra-críticas, juego pernicioso pues a diferencia de la dialéctica hegeliana -tomada de la mayéutica de SÓCRATES, por cierto- aquí las tesis y las antítesis no llegan jamás a una "síntesis" superadora⁶³¹.

Lo que sí queremos resaltar en forma imperiosa, es que *todas las utilidades que se le asignan al distingo mentado son explicables por otras razones jurídicas "positivas"*.

En efecto, se apuntó que esta *summa divisio* servía para determinar a quién le corresponde la carga de la prueba en un posible conflicto; también constituía una "virtud" de esta categorización el hecho que a través de la misma se determinaba fehacientemente si hubo o no cumplimiento; otra cualidad del distingo versaba sobre el *quantum respondeatur*, es decir acerca del potencial derecho de la víctima al resarcimiento; además se le asignó la función que ésta establecía acerca de si existe o no derecho a la contraprestación en caso de incumplimiento; por último, no son pocos los autores que directamente afirman que la utilidad real del distingo estriba en que la misma determina si un factor de atribución del daño es objetivo o subjetivo.

Pues veamos cada cuestión en concreto para observar hasta qué punto son debidas a la clasificación dual tales importantes consecuencias.

I) *En cuanto a su utilidad en tanto que juez del onus probandi, ya se comprobó que tal clasificación es muy limitada al respecto*⁶³². En efecto, pusimos de resalto que existen muchas obligaciones de medios -verbigracia la relativa a la relación médico/paciente- que ya no se rigen por los postulados clásicos de la escuela que admite el distingo. Demasiadas teorías modernas relativizan sobremanera la distinción binaria estableciendo, ora presunciones de culpa y hasta de causalidad, ora transformando en objetivo al factor de atribución de una obligación de medios (sin que compartamos todas esas teorías, no podemos negar su existencia y proliferación).

En otro orden de cosas, parece claro que la cuestión probatoria -esencial para quienes ejercen la profesión- es un tema que será resuelto en cada ordenamiento positivo particular. Generalmente serán los Códigos rituales los encargados de establecerla, siempre dentro de las reglas fundamentales que muchas veces emanan de las leyes de fondo (vg. arts. 1734 y s.s. del nuevo Código de Derecho Privado argentino), cuando no de la mismísima Constitución Nacional -vg. la protección del derecho de defensa en juicio y del debido proceso adjetivo-⁶³³.

como elemento natural, impuesto por una norma supletoria en las obligaciones de medios, o si, al contrario, supondría una expresa manifestación de voluntad... En definitiva: puesto que a la asunción de un riesgo no se le presume, es arbitrario e infundado predicar, con carácter general, que en la obligación de medios el acreedor se conforma con la prestación, tomando a su cargo el riesgo de que el resultado se frustre".

⁶³¹ Si se nos permite la licencia citaremos al sarcástico y polémico NIETZSCHE cuando 'atacando' a Sócrates -"el problema de Sócrates"- dijo "¿La ironía socrática es una manifestación de rebeldía, de resentimiento plebeyo? ¿Sacia, en su calidad de oprimido, su propia ferocidad mediante las cuchilladas del silogismo? ¿Se venga de los aristócratas a los que fascina? El dialéctico tiene en sus manos un instrumento implacable: con el que puede ejercer la tiranía; condena al vencido, porque lo obliga a tener que probar que no es un idiota; enfurece a los demás, y a la vez le niega toda ayuda. El dialéctico reduce el intelecto de su adversario a la impotencia. ¿Será la dialéctica socrática simplemente una forma de venganza?", NIETZSCHE, Friedrich, *El ocaso de los ídolos*, traducción, estudios y notas de Sergio Albano, Gradifco, Buenos Aires, 2004, n° 7, pág. 35. Por supuesto que en otra nota hemos dejado constancia de la gran influencia que tuvo Sócrates en la historia del pensamiento, hasta tal punto que la filosofía previa a él se denomina, precisamente, "pre-socrática".

⁶³² Con idéntica postura STIGLITZ también señala que esta distinción ha entrado en crisis en cuanto a su incidencia en la carga probatoria del factor de atribución. Además, resalta que actualmente resulta borrosa su línea demarcatoria y en muchos casos se torna dificultoso sentar algún criterio que permita ubicar una obligación en una u otra categoría; remarcando también -tal como nosotros lo hicimos en el texto- las subclasificaciones que se hicieron a esa categoría originariamente binaria y la incidencia de la teoría de la carga probatoria dinámica, la prueba de presunciones y la regla *res ipsa loquitur*. Ver, STIGLITZ, Rubén S., "Seguro contra la responsabilidad civil profesional", *cit.*, pág. 96.

⁶³³ Incluso defensores de la clasificación binaria que tanto combatimos han admitido que no es por sus postulados que se rige el *onus probandi*. Por ejemplo, Vázquez Ferreyra señaló que "en cuanto a la prueba de los factores de atribución, cuestión que no tiene nada que ver con el distingo de las obligaciones según sean de medios o resultado. Esta clasificación apunta a la cuestión de fondo, al factor de atribución aplicable. Subjetivo u objetivo según sea la obligación de medios o resultado (arts. 1721, 1722, 1723 y 1724, CCyC). Lo probatorio es materia

No creemos que una distinción doctrinaria pueda, para nada, tener verdadera operatividad sobre una cuestión tan delicada⁶³⁴. La realidad ha demostrado que en la actualidad las leyes y los tribunales poco tienen en cuenta a la hora de determinar el *onus probandi* si la obligación incumplida es de medios o de fines. Como señalamos, se ha llegado al extremo de establecer factores objetivos en una obligación de medios. Ello sólo pone de manifiesto que esta pretendida finalidad que DEMOGUE tanto defendió, no pasa de ser, hoy, una mera utopía.

Es que si fuese cierto que en una obligación de medios la prueba recae sobre el actor víctima, los jueces jamás hubieran podido elaborar esas teorías que trataban de equilibrar la situación probatoria. Y esta es una tendencia observable en los principales países de occidente. En cada uno de éstos -fundamentados en sus principios y Códigos de fondo y forma- se ha desvirtuado completamente el distingo fantástico referenciado.

Y debido a que estamos en este punto nos parece oportuno referirnos, aunque sea a vuelo de pájaro, a la *doctrina de la distribución dinámica de las pruebas*⁶³⁵, a la cual ya hicimos referencia.

Por tal ha de entenderse a una *excepción* al principio general que rige habitualmente el *onus probandi* y que se resume en adagios como éstos: *incumbit probatio ei qui dicit non qui negat; onus probandi incumbit actore*, etcétera. Tal excepción -que como tal debe recurrirse *in extremis*- puede aplicarse cuando la cuestión probatoria se torna altamente dificultosa para una de las partes; entonces el juez puede apartarse de estas reglas fijas y adjudicar la carga probatoria a aquella parte que se encuentre en mejores condiciones para aportarla. Esta mejor condición, que le compele a arrimar la pertinente prueba al proceso, puede ser de orden fáctica, económica, jurídica, técnica o profesional.

Hace unos años hemos tenido oportunidad de expresar que compartíamos las ideas del estimado profesor Ricardo LORENZETTI -Presidente de la Comisión que elaboró el Código Civil y Comercial hoy vigente en Argentina- quien señaló que debemos diferenciar

procesal, más allá que el Código Civil y Comercial sienta algunos principios”, conf. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto Antonio, “Los deberes profesionales y la responsabilidad por incumplimiento”, *cit.*, págs. 60 y 61.

⁶³⁴ Es interesante resaltar aquí el pensamiento de Francisco JORDANO FRAGA. Dicho autor criticó a la corriente francesa que proclamaba que esta teoría tendría la virtualidad de presidir el *onus probandi*, en el sentido que cuando se está en presencia de una obligación de medios la culpa del deudor debe ser probada por el acreedor, mientras que en las obligaciones de resultado dicha culpa se presume, correspondiendo al deudor vencer tal presunción. Señala al respecto que muchos juristas franceses confunden los planos de la materialidad del incumplimiento (prueba inicial dada por el acreedor) con el de su justificación (prueba liberatoria a cargo del deudor). Remarca que la distinción binaria sólo operaría en el primer plano, es decir respecto de la prueba por el acreedor de la ausencia del exacto cumplimiento de aquello debido. Ver: *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, págs. 266 y s.s.; y “Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna reciente jurisprudencia)”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pág. 7 y s.s. Como observamos la crítica efectuada es meramente de matiz, un tanto técnica, que se puede compartir si se comulga con dicha clasificación. Lógicamente nosotros no la compartimos, puesto que tenemos diferencias más de fondo para no abrazar al famoso distingo binario. De todas formas, no deja de ser muy atractivo su enfoque.

⁶³⁵ No podemos hablar de cargas probatorias dinámicas sin hacer mención a un famoso artículo publicado en el año 1984 por los reconocidos procesalistas argentinos Jorge A. PEYRANO y Julio O. CHIAPPINI, titulado justamente “Lineamientos de las cargas probatorias ‘dinámicas’”, publicado en *El Derecho*, T. 107, págs. 1005 a 1007. En tal trabajo los juristas siguen las sabias enseñanzas de James GOLDSCHMIDT quien en su “teoría de la situación jurídica procesal” logró acuñar varios conceptos como los de posibilidades y expectativas procesales, y sobre todo el de “carga procesal”. Pues, “dentro del vasto repertorio de cargas procesales, le incumbe un papel de especial relevancia a la carga probatoria; carga probatoria que determina, recordamos, las llamadas ‘reglas de la prueba’; es decir las reglas identificatorias acerca de quién debe probar cierto hecho o circunstancia... Ahora bien, durante un largo lapso y aun luego de haber sido plenamente incorporado al lenguaje procesal el concepto de ‘carga probatoria’, se diseñaron las reglas de la carga de la prueba como algo estático, conculcando así, a nuestro entender, el espíritu de su primer mentor (se refieren a GOLDSCHMIDT); quien siempre concibió a su teoría del proceso como si fuera una consideración dinámica de los fenómenos procedimentales... (No obstante) En los ejemplos aportados (un accidente de tránsito y un problema de familia), se ve claro -estimamos- el carácter ‘dinámico’ de las reglas en cuestión; en tanto y en cuanto no se atan a preceptos rígidos, sino que, más bien, dependen de las circunstancias del caso concreto... dicho ello en el sentido de que según fueren las circunstancias del caso puedan desplazarse hacia una u otra de las partes, en mira -e insistimos en el punto- a servir mejor a la justicia del caso llevado a los estrados judiciales; servicio, y bien sabemos, que es la meta del proceso civil contemporáneo”, *art. cit.*, pág. 1005 a 1007. Lo marcado entre paréntesis nos pertenece. Ver el desarrollo de esta doctrina en PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O., “El derecho probatorio posible y su realización judicial”, en *Tácticas en el proceso civil*, t. III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1990, pág. 39.

las cargas dinámicas de la adjudicación a quien está en mejores condiciones. Esta última es una regla externa al proceso que ha sido desarrollada por la escuela del análisis económico del Derecho y que consiste en adjudicar la carga demostrativa a quien le resulte más barato producirla. Mientras que la distribución dinámica es un principio interno del proceso, que se desarrolló por oposición a las cargas “estáticas”, y su interés es flexibilizar en supuestos de excepción, aquellas reglas fijas. Entonces la distribución dinámica se opone a la “fija”, no habiendo razón para afirmar que la regla adjudicativa a quien está en mejores condiciones probatorias no vaya a ser fija. En realidad, esta última no tiene una relación directa con el par binario estático/dinámico⁶³⁶.

Es digno de resaltar que esta teoría goza de importantes auspicios doctrinarios⁶³⁷ y está siendo aplicada por altos tribunales argentinos. Además ha sido contemplada en los dos últimos intentos de codificación “unificada”⁶³⁸ -Civil y Comercial- en el citado país, amén de su recibimiento favorable en numerosos Congresos científicos⁶³⁹. De hecho, como tuvimos oportunidad de observar en el acápite anterior, el nuevo Código Civil y Comercial argentino la ha adoptado como si se tratara de una “facultad judicial” (conforme al art. 1735 del mentado Código unificado)⁶⁴⁰.

Al respecto se ha expresado -justamente tratando de mala praxis forense- que dada “la entidad de la diligencia esperable del profesional y su condición de experto, no vemos con malos ojos la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas que no invierte

⁶³⁶ En nuestra *Visión crítica...*, *ob. cit.*, pág. 41, nota 49, nos hacíamos eco de las enseñanzas del mentado profesor argentino. Ver: LORENZETTI, Ricardo Luis, “Teoría general de la distribución de la carga probatoria”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 13, Prueba I*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1997, págs. 61 y s.s. Es más, si se analiza con profundidad el tema, en el reciente Código argentino se recepta la teoría de la adjudicación a quien se encuentre en mejores condiciones probatorias, no obstante que en general la doctrina nada diga sobre el particular o que directamente la asimilen a la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

⁶³⁷ Por supuesto que normalmente se resalta que este instituto debe aplicarse en forma excepcional o *in extremis*. Vg. PEYRANO-CHIAPPINI, *obras citadas*; LORENZETTI, *art. cit.*; DÍAZ, Eduardo A., *art. cit.*; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Responsabilidad de abogados y procuradores por pérdida de chance”, *cit.*; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa, “La responsabilidad civil en los albores del siglo XXI” (La responsabilidad en el Proyecto de Reformas del Código Civil de 1993), publicado en *Jurisprudencia Argentina*, ejemplar del 5-5-93, n° 5827, pág. 6, y en *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, 2ª ed., Carlos A. Ghersi (Coordinador), Hammurabi, Bs. As., 2000, págs. 29 y s.s., también en “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, pág. 706.; SOBRINO, Augusto Roberto, “La responsabilidad profesional de los abogados”, en *Los nuevos daños...*, *ob. cit.*, pág. 369; TRIGO REPRESAS, Félix A., “Los distintos roles del abogado...”, *cit.*, págs. 85 y s.s.

⁶³⁸ El artículo 1554 del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación Argentina del Poder Ejecutivo de 1993 (Comisión creada por decreto N° 468/92), determinaba que “*Salvo disposición legal en contrario, la carga de acreditar los hechos constitutivos de la culpa, pesa sobre ambas partes; en especial sobre aquella que se encuentra en situación más favorable para probarlos*”. El Proyecto de Código Civil para la República Argentina del año 1998 señalaba en su artículo 1619 “*Prueba de los factores de atribución. Salvo disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución de la responsabilidad, así como de las circunstancias que la excluyen, corresponde a quien los alega. Si las circunstancias especiales del caso lo justifican, el tribunal puede distribuir la carga de la prueba de la culpa, o de haber actuado con diligencia, ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla*”. Se debe mencionar, empero, que los propios redactores del Proyecto recién citado toman distancia respecto de lo que debe entenderse por “cargas dinámicas” y “adjudicación a quien está en mejores condiciones probatorias”, no asimilando tales conceptos por más vinculación que pueda existir. Ver en este punto el *Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Fundamentos*, edición de Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, pág. 110.

⁶³⁹ El XII Congreso de Derecho Procesal, realizado en Río Hondo, Santiago del Estero, Argentina, en mayo de 1993, aprobó la teoría de las cargas probatorias dinámicas estableciendo que ésta hace “recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva”.

⁶⁴⁰ Respecto del nuevo Código Civil y Comercial argentino ya hicimos y aún haremos los comentarios que sean necesarios (en particular de los arts. 1735 -cargas probatorias dinámicas- y del 1768 -responsabilidad de los profesionales liberales-). Ahora solo resaltaremos que ese novel Código establece que excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega; igual regla determina con respecto a la relación de causalidad, que corresponde acreditarla a quien la alega, excepto que la ley la impute o presuma -claro que la “causa ajena” y la “imposibilidad de cumplimiento” también corresponde aportarla a quien la invoca- (ver arts. 1734 y 1736 del mentado Código). Pero en lo que a nosotros nos concierne específicamente, dice este nuevo Código, reiteramos, que “El juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla...” (art. 1735). Claro que sería al menos recomendable que si el juez hace uso de esta facultad para apartarse de las reglas de distribución probatoria, lo haga conocer lo cuanto antes a las partes para que no se sientan condenados sin ser oídos. Es decir, para preservar su derecho de defensa en juicio. Al menos ello debiera de cuidarse en la práctica. Por otro lado, lo ideal sería que se logre uniformidad en su aplicación evitando desigualdades entre los justiciables.

la carga, pero hace recaer el *onus probandi* sobre quien esté en mejores condiciones de acreditar cada circunstancia específica”⁶⁴¹.

Además se señaló que ello resulta “equitativo” y que ningún profesional puede sentirse lesionado o afectado “si por sus mayores aptitudes de conocimientos técnicos o por su actuación gravitante en una prestación o evento se establece que está en mejores condiciones que la otra parte para producir la prueba pertinente”⁶⁴².

En esta línea ha dicho gráficamente la Corte Suprema de Justicia de Mendoza que “Según el principio de las cargas probatorias dinámicas, el proceso no se desarrolla a la manera de una lucha entre espadachines, sino que, en razón del principio de colaboración que las partes tienen hacia el tribunal, cabe requerir la prueba de ciertos hechos a ambas partes, en especial a la que está en mejores condiciones de probar”⁶⁴³.

En esta misma senda podemos citar a la jurisprudencia emanada en los últimos años de la Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires⁶⁴⁴. Así, este prestigioso tribunal, con asiento en la ciudad de La Plata, consideró que en las obligaciones asumidas por los médicos y en el marco de los procesos en los cuales se dilucida su responsabilidad, “ambas partes deberán brindar todo su esfuerzo probatorio a fin de que se pueda elucidar si hay culpa, no culpa o caso fortuito”⁶⁴⁵; “de allí que la actitud de los profesionales de la salud en modo alguno puede limitarse a la mera negativa, debiendo colaborar con el esclarecimiento de la verdad”⁶⁴⁶. También se determinó -en un precedente de hace más de dos décadas- que requerir del profesional médico, ante lo incompleto de la historia clínica y a modo de colaboración, el aporte de los datos faltantes de la misma, no implica invertir la carga de la prueba en su contra, pero su incumplimiento puede generar una presunción de conducta antiprofesional⁶⁴⁷. Es decir que, ante supuestos fácticos de muy dificultosa comprobación, “cobra singular importancia la carga probatoria dinámica o prueba compartida, haciendo recaer en aquel que se halla en mejores condiciones la obligación de aportar los elementos probatorios que conduzcan a obtener la verdad jurídica objetiva”⁶⁴⁸.

La misma Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina luego de una importante evolución -que comenzara con votos en disidencias de los Ministros Vocales VÁZQUEZ y MOLINÉ O’CONNOR⁶⁴⁹- sentenció en el año 2001 que “En materia de mala praxis, donde

⁶⁴¹ Conf. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Responsabilidad de abogados y procuradores por pérdida de chance”, publicado en *RCyS*, 2002, págs. 409 y s.s.

⁶⁴² TRIGO REPRESAS, Félix A., “Los distintos roles del abogado...”, *cit.*, pág. 86.

⁶⁴³ Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala 1ª, 2/6/1995, *Aves, O., v. Barroso, Flavio*, publicada en *Jurisprudencia Argentina*, 1998-1-síntesis. Fallo reseñado, entre otros atinentes al tema, por RODRÍGUEZ, Claudia B., “Carga dinámica de la prueba”, en *Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina*, Alejandro P. F. Tuzio (Director), *J.A.*, Buenos Aires, 2003-III, fascículo n° 1, pág. 38. Hablando justamente de la Corte mendocina, ha dicho su voz más representativa que “en el moderno derecho procesal de nuestros días se acabaron las reglas absolutas en materia de carga de la prueba; por el contrario, predomina el principio de las ‘cargas probatorias dinámicas’ según el cual se la coloca en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla; no hay preceptos rígidos, sino búsqueda de la solución justa según las circunstancias del caso concreto”, conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, pág. 715.

⁶⁴⁴ Se ha señalado que aunque todavía los jueces siguen afirmando que la carga de la prueba de la culpa médica incumbe al actor, pues el profesional sólo asume una obligación de medios, “sin embargo de la lectura de los pronunciamientos jurisprudenciales, puede advertirse que la frase inicial comienza a desdibujarse a través de la utilización de muy diversos procedimientos, entre los cuales, pueden destacarse la teoría de las cargas probatorias dinámicas que imponen el *onus probandi* a quien está en mejores condiciones de probar, lo que encuentra fundamento en lo previsto en el art. 377 del Cód. Procesal y en el 375 de la Provincia de Buenos Aires”, conf. BARRAZA, Javier Indalecio, “Una sentencia paradójica. La responsabilidad de los profesionales”, *La Ley*, 2000-E, págs. 285 y s.s.

⁶⁴⁵ SCJBA, Ac. 96.833 del 13/02/2008, causa que recogen en su artículo GALDÓS, Jorge M., BIONDA, Rodrigo E., “La fisonomía de la culpa en los albores del tercer milenio y desde la óptica de la Corte Suprema bonaerense”, en *Revista de Derecho de Daños, 2009-1, La culpa -I*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, pág. 212.

⁶⁴⁶ SCJBA, Ac. 82.684 del 31/03/2008; Ac. C. 98.767 del 21/05/2008, resoluciones que también recogen en su trabajo GALDÓS, Jorge M., BIONDA, Rodrigo E., *art. cit.*, pág. 212.

⁶⁴⁷ SCJBA, Ac. 46.039 del 04/08/1992, causa que compila en su artículo GALDÓS, Jorge M., BIONDA, Rodrigo E., *cit.*, pág. 212.

⁶⁴⁸ SCJBA, Ac. 98.767 del 21/05/2008, causa, repetimos, que obra en el estudio GALDÓS, Jorge M., BIONDA, Rodrigo E., *cit.*, pág. 213.

⁶⁴⁹ Ver sentencias de la CSJN del 10/10/1996, *Fallos* 319:2129; del 2/6/1998, *Fallos* 321:1599; del 14/12/99, *Fallos* 322:3101; y del 21/12/2000, *Fallos* 323:4178. Todos reseñados por Claudia RODRÍGUEZ, *art. cit.*, págs. 38 a 40.

se trata de situaciones complejas, cobra fundamental importancia el concepto de ‘la carga dinámica de la prueba’ o ‘prueba compartida’, que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva el deber de hacerlo”⁶⁵⁰.

*La idea es dar primacía a la verdad jurídica objetiva por sobre las normas procesales “de modo que el esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal”*⁶⁵¹. Es decir, teniendo presente que hay situaciones en que la prueba resulta muy difícil para el damnificado, la teoría que comentamos “hace que colabore, también, quien se halla en mejor situación de aportar elementos demostrativos tendientes a obtener la verdad objetiva (médico, entidad hospitalaria, por tener el conocimiento técnico y los elementos probatorios por haber intervenido en forma directa en el hecho dañoso). Se abandonan los preceptos rígidos para perseguir la resolución materialmente justa -según las circunstancias- de las delicadas y especiales cuestiones integrantes de la litis”⁶⁵².

Los reconocidos catedráticos de la prestigiosa Universidad de Salamanca, Mariano ALONSO PÉREZ y Eugenio LLAMAS POMBO, también comparten esta moderna doctrina “procesalista”. Este último y estimado profesor entiende que la distribución dinámica de la prueba es un concepto “omnicomprensivo” debiendo la doctrina española encuadrar todos los fenómenos que tienden a favorecer a la víctima -los principios: *res ipsa loquitur*, prueba *prima facie*, *faute virtuelle* y otras presunciones- dentro de su genérica noción⁶⁵³.

LLAMAS POMBO asevera que el Superior Tribunal de Justicia de España, sin decirlo expresamente, ha adoptado la doctrina de la distribución dinámica de carga de la prueba en su sentencia del 2 de diciembre de 1996, fallo que también recoge el principio *Waffengleichkeit*, propugnando una verdadera inversión de la carga de la prueba. Tal precedente reza “1) el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición, gozan de una situación procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba”. 2) “en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba por las partes, sean actores o demandados, cabe atenuar el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre el actor, desplazándola hacia la parte (aunque sea demandada) que se halle en mejor situación probatoria, por su libertad de acceso a los medios de prueba”. 3) “no obstante ser la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios..., no se excluye la presunción desfavorable que puede generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente..., revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados”⁶⁵⁴.

Según se observa los principios que tienden a “humanizar” el reparto probatorio tienen mucho en común. ALONSO PÉREZ al respecto dijo “Son ganas, a menudo, de expresar el mismo concepto con plurales adjetivaciones: *res ipsa loquitur*, culpa virtual, *Anscheinsbeweis*, prueba repartida dinámicamente, etc., son parientes próximos por los que circula la misma sangre, aunque tengan diversos factores genéticos y en su adaptación a cada proceso presenten matices o aspectos diferentes”⁶⁵⁵.

No está de más hacer mención aquí a la “nueva” Ley de Enjuiciamiento Civil de España, Ley 1/2000 del 7 de enero, cuyo artículo 217 (reformado en el año 2007), luego de sentar las reglas generales de la carga probatoria, concluye con el inciso 7 en el cual expresa “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una

⁶⁵⁰ CSJN, 4/9/2001, Fallos de la CSJN 324: 2689. También reseñado por RODRÍGUEZ, *art. cit.*, pág. 40.

⁶⁵¹ CSJN, 6/2/2001, Fallos 324:115.

⁶⁵² CSJN, 21/12/2000, Fallos 323:4178, del voto en disidencia del Dr. VÁZQUEZ.

⁶⁵³ “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”, *cit.*, pág. 313. En este interesante artículo, LLAMAS POMBO manifiesta que la distribución dinámica de las pruebas “guarda similitud con la técnica que emplean los Tribunales alemanes basada en el principio de *Waffengleichkeit*, que exige del médico una precisa y especial diligencia en el cumplimiento de su deber de información en su manifestación de ‘obligación de documentación’, y consiste en facilitar al paciente la prueba indiciaria y documental a través de la diligente redacción de los datos que obran en la historia clínica y documentos que la complementan”, *art. cit.*, pág. 316.

⁶⁵⁴ STS 2 de diciembre de 1996. Ver LLAMAS POMBO, *art. cit.*, págs. 316 y 317.

⁶⁵⁵ ALONSO PÉREZ, Mariano, “La relación médico enfermo”, *cit.*, pág. 50.

de las partes del litigio". También, y como ya lo señalamos, el nuevo Código argentino determina en el art. 1735 que los jueces pueden distribuir la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida (no culpa), "*ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla*".

Tal parecer es acertado aunque hemos de remarcar, junto a VINEY, que debe tenerse sumo cuidado con las facultades judiciales, y aquí esa prerrogativa del juez es patente, porque la discrecionalidad "puede conducir a una fijación de indemnizaciones en función del sentimiento personal del juez, lo que lleva inevitablemente a una formidable desigualdad entre los justiciables"⁶⁵⁶.

De todas formas el propio PEYRANO⁶⁵⁷ ha dicho que esta teoría es de *aplicación excepcional*⁶⁵⁸ e incluso teme que se haya desbordado un poco su propósito inicial. De hecho existen autores-como el reconocido procesalista rosarino ALVARADO VELLOSO⁶⁵⁹- que sostienen que la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas viola la garantía del derecho constitucional de defensa en juicio y el principio de inocencia; amén de ello, se ha remarcado que las normas procesales son de competencia provincial y, por lo tanto, no debieran estar reguladas en códigos de fondo⁶⁶⁰. Como vemos la cuestión es harto polémica y la jurisprudencia es de todos los colores posibles⁶⁶¹.

⁶⁵⁶ Citada por DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 145. Ver nuestra *Visión crítica...*, cit., pág. 109.

⁶⁵⁷ Sus palabras son muy ilustrativas y aquí la repetiremos: "Personalmente nos ha ocurrido un poco como al aprendiz de brujo que una vez llevado a cabo el encantamiento no sabía cómo hacerlo cesar. Cuántas veces, nos hemos topado con interpretaciones descaminadas y casi apocalípticas de algunas concepciones novedosas que nos tocó en suerte echar a rodar. No queremos que ello acontezca con la doctrina de las 'cargas probatorias dinámicas' que nació -entre otras cosas- para quitarles el 'bill' de indemnidad del que disfrutaban ciertos sectores profesionales; pero que no fue dada a luz para facilitar la promoción de procesos de tintes extorsivos y que constituyen verdaderas aventuras judiciales. La prudencia siempre ha sido una de las virtudes más notorias ypreciadas de los jueces nativos. Confiamos, entonces, en que sabrán rechazar la tentación de considerar a la doctrina de las 'cargas probatorias dinámicas' como una regla de 'inversión de la carga de la prueba' (que no lo es) y calificarla, en cambio, como una regla no apriorística que impone una suerte de colaboración entre actora y demandada en la recolección del material probatorio". PEYRANO, Jorge W., "Aspectos procesales de la responsabilidad profesional", en *Las responsabilidades profesionales, libro homenaje al Dr. Luis O. Andorno*, cit., pág. 266.

⁶⁵⁸ También señalan que la teoría de la carga probatoria dinámica debe aplicarse sólo en forma excepcional y residualmente, entre otros, BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, "Naturaleza de la relación entre abogado y cliente", cit., págs. 134 y s.s.; BUERES, *Responsabilidad civil de los médicos*, ob. cit., t. 1, pág. 84; DÍAZ, Eduardo A., art. cit.; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto Antonio, "Los deberes profesionales y la responsabilidad por incumplimiento", cit., pág. 61.

⁶⁵⁹ Ver ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional*, Zeus S.R.L., Rosario, 2003 y en *Teoría General del Proceso*, específicamente aborda este tema en el capítulo que trata sobre la prueba.

⁶⁶⁰ En este sentido, criticando la doctrina de la carga probatoria dinámica, han señalado Boragina y Meza (autores que comparten el distingo de las obligaciones de medios y resultado) que en orden a la carga de la prueba de los presupuestos, el nuevo Código argentino mantiene el principio general que consagra el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (doctrina normativa), que pone en cabeza del actor la acreditación de los hechos contemplados en la norma que invoca, sin perjuicio de la innecesariedad de demostrar los hechos admitidos por la contraria, o los notorios, o los presumidos por la ley. Y si bien, en cuanto a la prueba de la culpa se admite la aplicación del sistema de cargas probatorias dinámicas (art. 1735 CCyC), consideran erróneo todo criterio que imponga la carga probatoria "estructuralmente" de modo compartido, dado que colisiona con la naturaleza jurídica del instituto y, en el caso de los abogados, con la obligación típica de medios normalmente asumida frente al cliente, donde la no consecución del resultado no implica presunción de culpa. Por otro lado, resaltan que las normas procesales resultan de competencia provincial (art. 121 CN), y por ello cualquier dispositivo que se incorpore a los códigos de fondo, no puede alterar lo regulado por las jurisdicciones locales (art. 75, inc. 12, CN). Por ello entienden que la doctrina de la carga probatoria dinámica -al igual que otras presunciones legales y judiciales- únicamente debe aplicarse, en relación con el profesional, en forma excepcional, cuando los extremos sean de muy difícil comprobación; caso contrario se consagraría una "presunción genérica anómala", al imponerle al profesional del Derecho la carga de acreditar su diligencia, por presuponer que es éste quien está en mejor situación de aportar la prueba, cuando ello resulta utópico en un tipo de contrato de ejecución continuada usualmente verbal. Ver: BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, "La responsabilidad del abogado frente al cliente en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", cit., págs. 209 y 210.

⁶⁶¹ Por ejemplo, se ha resuelto que en materia de mala praxis médica no es conveniente la objetivación de la responsabilidad, como tampoco una presunción legal general de culpa que cargue, sin más, al médico con la carga de su liberación. Además, se agregó expresamente que no se comparte la teoría de las cargas probatorias dinámicas puesto que su aplicación viola garantías constitucionales elementales, a saber: la defensa en juicio y el principio de inocencia, conf. CCCLMín. de Neuquén, 1ª Circ. Jud., Sec. Sala 2, Protocolo 132, t. IV, fo. 617/625, 12-10-2006, "R., I. M. c/V., E. y otros s/Daños y perjuicios", expte. 261.710, año 2001, fallo agrupado por VARNI DE ÑIGUEZ, María Alicia, MORILLO, Monserrat e ÑIGUEZ, Marcelo Daniel "La Culpa.

Con todo lo dicho queremos poner de resalto que *hoy son otros los criterios que se tienen en cuenta para solucionar los problemas probatorios*. Queda en claro, entonces, que no es cierto que de una clasificación de obligaciones derivarían unas reglas concernientes al proceso, específicamente las que adjudican la carga probatoria.

II) La cuestión referida a la *exactitud del cumplimiento tampoco creemos que pueda explicarse por obra de la distinción renegada*. En nuestro parecer la temática es muy simple, puesto que, si hay cumplimiento, incumplimiento absoluto, parcial, defectuoso o tardío -mora-, depende de cada contrato en singular y de lo que las partes hayan pactado en uso de su libertad contractual *quasi soberana (pacta sunt servanda, con los límites impuestos por normas imperativas -ius cogens-)*.

También el operador jurídico ha de buscar la solución a tal problema en las normas genéricas que los Códigos Privados -Civiles, Comerciales, o ambos unificados- contienen. *Específicamente encontrará muchas respuestas a los problemas del cumplimiento (incumplimiento absoluto, relativo, tardío, parcial, defectuoso, etc.) en la sección perteneciente a la teoría general de las obligaciones -y, en particular, en las normas destinadas a las obligaciones de “hacer”-; o en la teoría general de los contratos o de algunos contratos especiales, en aquellas legislaciones que carezcan de una teoría general de las obligaciones y la “confundan” con los contratos -vg. al regular sobre “las obligaciones convencionales”-*.

Insistimos un poco más en este crucial punto. En puridad somos de la idea -modesta, por cierto- que la mentada clasificación y las virtudes o propiedades que se les asignaron, son fácilmente demostrables con sólo observar el contrato tipo del cual la obligación nace. Es decir, *más que un criterio clasificatorio universal -obligaciones de medios y fines-, pareciera que los doctrinarios siempre estaban ligados a un problema de tipología contractual*.

En verdad es bastante común la confusión de las obligaciones con los contratos. El gran codificador argentino del siglo XIX ya había denunciado ello y signó a sus pares franceses de no haber distinguido correctamente entre una y otra categoría jurídica, fundiéndolas en un título denominado “de los contratos o de las obligaciones convencionales”. ZACHARIE ha dicho, en tal sentido, que no hay nada más vicioso que el método seguido por los redactores del Código napoleónico⁶⁶², crítica que no fue superada en la reforma propiciada en el año 2016, la cual si bien comienza con las fuentes de las obligaciones (art. 1100), inmediatamente trata sobre el contrato (1101 al 1231-7), y al regular las obligaciones, carece de un régimen general de las mismas (arts. 1304 al 1352-9), a pesar de los títulos que emplea (por cierto que ya constituye un grave error metodológico el tratar sobre el “contrato” antes que la “obligación”, puesto que el contrato es sólo una de las tantas fuentes creadoras de obligaciones).

Con esto queremos significar que si se observa con atención a la doctrina “dualista”, se verá que el meollo del asunto radica en si una obligación es de medios o fines para aplicarle las reglas del contrato de servicios o de obra, respectivamente⁶⁶³. La relación está invertida ciento ochenta grados. Ello porque para determinar si una obligación es de medios o fines, debieran de haber señalado que son tales en razón que el contrato es de servicios u obra, y no al revés -criterio que, por cierto, tampoco compartimos, aunque mantenga con reconocida “lógica” la clasificación renegada-⁶⁶⁴.

Provincia de Neuquén”, en *Revista de Derecho de Daños, 2009-I, La culpa -I*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, pág. 487.

⁶⁶² Ver nota de Dalmacio VÉLEZ SÁRSFIELD al libro segundo “de los derechos personales en las relaciones civiles”, sección primera, parte primera: “de las obligaciones en general”, título I, “de la naturaleza y origen de las obligaciones”, del Código Civil argentino recientemente derogado.

⁶⁶³ En contra, BUERES, en cuanto sostiene “que el contrato de locación de obra puede crear indistintamente obligaciones de medios o de resultado”, en *Responsabilidad civil de las clínicas, ob. cit.*, pág. 143, nota 28; y *Responsabilidad civil de los médicos*, 1ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 1979, págs. 49 y s.s. Sin embargo, la opinión mayoritaria, tanto autoral como judicial y hasta legal (vg. art. 1252 del nuevo CCyC argentino), es la expresada en el texto.

⁶⁶⁴ En este sentido el art. 1252 del nuevo Código Civil y Comercial argentino dispone que si existe duda sobre la calificación del contrato “se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia. Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega”. Como vemos, este novel Código también cae en el

Es decir, siempre debemos indagar, si al ámbito contractual nos limitamos, de dónde deriva la obligación, de qué contrato nace la misma. Porque la prestación que debe el deudor de servicios no es la misma que compele al de obra. Porque ambos son contratos diferentes, no porque le precedan alguna *summa divisio* obligacional. Estamos convencidos que jamás una clasificación binaria de obligaciones podría abarcar toda la riqueza contractual posible. Mucho menos cumpliría esta finalidad si tenemos presente la autonomía de la voluntad de las partes.

Tal limitación funcional de este distingo ha sido resaltada por algunos autores, pero no apuntaron concretamente que estábamos en presencia de un problema de tipología contractual y no de escasez de la dual clasificación⁶⁶⁵. Por eso mismo, en nuestro entender, es que tuvieron que idear otras obligaciones que no encasillaban correctamente en la división binaria originaria⁶⁶⁶.

En esta línea de pensamiento podemos citar a nuestro padre y maestro quien señaló que “este distingo es extraño a la teoría de las obligaciones, y que parece más bien un criterio tipificador de figuras contractuales que tienen por objeto en mayor o menor preponderancia la actividad humana”⁶⁶⁷. Por una senda parecida transita, en Argentina, BELLUSCIO⁶⁶⁸, cuando escribió un polémico artículo sobre este tema en el año 1979.

Ahora bien, en nuestro caso estamos ante un problema no menor. En efecto, si tratamos sobre contratos de prestación de servicios profesionales, y éstos no están tipificados

error de calificar al contrato (en caso de duda) según el tipo de obligación de que se trate; cuando en realidad la situación es totalmente la opuesta, tal como lo expresamos en el texto.

⁶⁶⁵ Con criterio parecido se ha sostenido, respecto de la teoría que criticamos, que “no creemos que constituya una *summa divisio*, ni que sea una varita de virtudes con poderes mágicos para resolver el universo de situaciones. En la vida comercial éstas son variables y multiformes, y presentan una gama de matices que no consiente el enrolamiento rígido en una o en otra categoría”, conf. ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de las Obligaciones. Cit.*, pág. 501.

⁶⁶⁶ Ver: ESMEIN, DERRIDA, VINEY–JOURDAIN, ALTERINI y ALTERINI, ya citados. A estas teorías que subdividen las obligaciones de resultado y las de medios, en atenuadas, ordinarias, agravadas, reforzadas, etc., afirma BUERES que se tratan de disgresiones conceptuales que “lejos de difuminar la *summa divisio*, la confirman”, conf. BUERES, Alberto J. y CALVO COSTA, Carlos A. “La responsabilidad de los escribanos por infracción a la fe de conocimiento”, *cit.*, pág. 202, nota 33. Claro que no compartimos tal conclusión. Lo innegable es que la originaria distinción binaria resulta hartamente insuficiente, limitada por donde se la mire. Por cierto, es llamativo que un mismo hecho o fundamento sirva, al mismo tiempo, ya para defender la renegada teoría, ya para atacarla.

⁶⁶⁷ PADILLA, René A., *Responsabilidad civil por mora, ob. cit.*, pág. 139. Nos parece oportuno hacer una cita más completa de la obra de quien fuera profesor titular de Derecho de las Obligaciones, Contratos y Derechos Reales (Civil II, III y IV) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán, República Argentina, entre otras. En efecto, también indicó PADILLA que la distinción formulada induce a confusiones, “pues parte precisamente de una confusión entre el objeto obligacional y el contractual o negocial. En nuestro entender el objeto de la obligación es la prestación, y el objeto de la prestación es el dar, el hacer y el no hacer, indirectamente, la cosa, hecho o abstención. Bien dice Bueres, que el objeto de la prestación coincidente con el objeto del contrato, está formado por los hechos (positivos y negativos) y por los bienes (cosas, art. 2311, y derechos, art. 2312, Cód. Civil). Un poco antes había escrito, respecto al contenido y objeto de la obligación que el objeto de la obligación es ‘conforme a nuestro enfoque la prestación’. Ergo: el objeto de la obligación y el objeto del contrato son idénticos en esa concepción. Esta demostración no entraña crítica alguna. Sólo busca posicionarnos para aludir ahora a los contratos que se clasifican en contratos de medios y contratos de resultado. Serán de medios cuando su objeto sea una *opera* (servicio, trabajo, labor), y de resultado cuando su objeto sea un *opus*. Según ello no habría mayor dificultad en admitir que los contratos de medios engendran obligaciones de medios, en tanto que los de resultado dan lugar a obligaciones de ese tipo en la tradicional concepción, con lo que volvemos al principio luego de haber demostrado la inutilidad de la supuesta confusión. Desde el principio hay confusión, porque la palabra medios busca corresponderse con fines y no con resultado; y hablar de fines en el ámbito obligacional es censurable, pues ellos se acomodan mejor respecto de los contratos que de la obligación o, como dice el mismo Bueres, ‘es un elemento del acto jurídico y no de la obligación’. Lo visto sirve al menos para demostrar la inconveniencia del distingo en la teoría de las obligaciones, porque en todos los casos las obligaciones son de medios, en cuanto reclaman una conducta diligente del deudor, y de resultado, en tanto se enderezan al cumplimiento de la prestación. El resultado es, precisamente, la prestación misma”, en *Responsabilidad civil por mora, ob. cit.*, págs. 140 y 141.

⁶⁶⁸ BELLUSCIO, Augusto César, *art. cit.*, pág. 29, quien expresó “siempre la ejecución de la obligación es un resultado en sí y siempre -en el campo de la responsabilidad contractual- lo que el acreedor debe probar es el incumplimiento, que hace presumir la culpa. Lo que ocurre es, en primer término, que según sean las obligaciones que derivan de un contrato en particular (y ni siquiera de un tipo o categoría de contratos) la configuración del incumplimiento será más simple o más compleja con la consiguiente mayor dificultad probatoria que se presenta a medida que se torna más complicada; y, en segundo lugar, que la reglamentación específica de determinados contratos puede ampliar o restringir los supuestos en que cabe demostrar la ausencia de culpa en el incumplimiento”.

en los Códigos Civiles -a excepción del italiano de 1942 y de algunas normas aisladas del nuevo Código argentino, vg. art. 1768-, ¿cómo hemos de averiguar la regulación de los mismos, en cuanto al exacto cumplimiento, defectuosidad del mismo, mora, factor de atribución, etcétera?

Pues una equivocada salida es querer a toda costa encerrar esta relación en algún contrato tipo específico, para aplicar sus disposiciones en complemento de lo pactado por las partes y de las normas imperativas⁶⁶⁹. Es así como se pretendió regular a la vinculación profesional del Derecho-cliente a través del contrato de arrendamiento de servicios⁶⁷⁰, de obra, mandato⁶⁷¹, sociedad, etcétera. ¿Es qué, acaso, no se observó que esta rica temática no puede regularse con lo previsto en algún tipo clásico no ideado al efecto?

La polifacética función del abogado de nuestros días determina imperiosamente que goce de un régimen especial en orden a su consagración en la ley de fondo. Cualquier intento de encasillamiento de su actividad en algún tipo único ya establecido, sin tener en consideración este “nuevo” contrato, resultará insuficiente.

Nosotros creemos que la solución transita por admitir como si se tratase de un “contrato específico” el realizado entre el profesional -bien puede ser médico, abogado, escribano, ingeniero, etc.- y su cliente. Ahora bien, como son muchas las profesiones liberales y, claro, no todas son iguales, hay que determinar también las diferencias específicas.

Además, pensamos que si bien el contrato de prestación de servicios profesionales no goza de tipicidad legal (y en este aspecto el nuevo Código argentino ha dejado pasar una oportunidad valiosísima, pues es muy pobre derivar su regulación a las reglas de las obligaciones de hacer -conf. al art. 1768 de ese ordenamiento⁶⁷²-), hoy, empero, sí la tiene en los hechos, hasta el punto que ya es un contrato consuetudinariamente nominado.

Entonces, para observar si hay real acatamiento a lo pactado -y a lo que debe aplicarse tanto en forma supletoria cuanto imperativa- no podemos perder de vista el concepto de la *lex artis*. Ésta es la clave, a no dudar, para comprobar si hubo cumplimiento, incumplimiento total, mora o mal cumplimiento de la obligación dimanante del contrato de servicios profesionales⁶⁷³.

⁶⁶⁹ Es muy común constatar, tanto en doctrina cuanto en jurisprudencia, cómo se pretende hacer encasillar la relación profesional del Derecho-cliente en algún contrato tipo, sobre todo en el mandato y en contrato de servicios -u obra-, para aplicar sus disposiciones, ya en forma directa, ya en forma supletoria, ya recurriendo a la analogía *legis*.

⁶⁷⁰ Ya señalamos en notas anteriores la postura del Tribunal Supremo español y de algunas Audiencias Provinciales respecto de este crucial tema, citas a donde remitimos *brevitatis causae*.

⁶⁷¹ En Argentina la doctrina en forma prácticamente unánime entiende que el abogado apoderado celebra con su cliente un contrato de mandato. Y por ello se afirma que las vinculaciones que surgen en la relación cliente - abogado/apoderado se deben regular por las normas o principios que dimanen del contrato de mandato, lógicamente. En cambio, en España es del procurador de quien se afirma que se vincula con su cliente por medio de un mandato. Ya aclaramos los distintos roles que tienen los procuradores en uno y otro sistema. Es que en Argentina el abogado muchas veces cumple o realiza la procuración de sus asuntos, actuando en un “doble carácter”. Pues bien, volviendo al ordenamiento europeo, son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo en las cuales se hace expresa mención al contrato de mandato (relación cliente-procurador, reiteramos).

⁶⁷² El nuevo Código unificado en Argentina sólo dice al respecto que la actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer y que, salvo casos excepcionales, su responsabilidad es subjetiva (ver art. 1768). Criterio, por cierto, que no ofrece mayores resistencias, al menos de nuestra parte. Vale decir que nos parece acertado lo predicado. Pero no fue más allá; podría haber regulado en forma especial este tipo de contrato, dotándolo de una tipicidad legal.

⁶⁷³ En la doctrina española puede verse YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., págs. 301 y s.s. Tal autor también hace referencia a un “contrato de servicios profesionales” del cual afirma que no existe en el Código Civil una sola norma, de todas las que destina al arrendamiento de servicios (arts. 1583 a 1587 del Código Civil español), que pueda ser de aplicación a dicha frecuentísima fórmula de relación entre clientes y profesionales. Siendo ello así, se propone intentar un tratamiento sistemático del régimen jurídico del contrato de prestación de servicios profesionales, cuya utilidad sería doble: primero puesto que contendrá las normas de directa aplicación al mayor número de relaciones profesional-cliente; luego porque servirá como Derecho de aplicación supletoria para el resto de los posibles causas de relación, afirmando que allí donde las normas propias del mandato, ejecución de obras, etc. no lleguen, podrá aplicarse esta teoría general pensada para regular los supuestos más frecuentes. Nuestro autor citado también afirma que en la construcción de este régimen “deben reportar una incuestionable utilidad las normas sobre la teoría general de la obligación y del contrato”. Luego remata diciendo que si junto a la analogía, y a la teoría general de la obligación y del contrato, “colocamos, como tercer elemento lógico de trabajo, los rasgos propios y genuinos de esta, en cierto modo, *nueva* figura jurídica, podrá obtenerse la -si se permite la

Por *lex artis* ha de entenderse al conjunto de principios que informan la ciencia propia que está manejando el profesional⁶⁷⁴, abogado en nuestro caso. Como señaló el Tribunal Supremo español, la llamada *lex artis* es el “patrón de comportamiento que en el ámbito profesional de la abogacía se considera revelador de la pericia y el cuidado exigibles para un correcto ejercicio de la misma, en cuanto responde a un nivel de conocimiento de los preceptos legales y de la jurisprudencia que los interpreta que resulta imprescindible para poder reclamar ante los Tribunales la tutela efectiva de los intereses legítimos de los ciudadanos”⁶⁷⁵.

Por lo tanto, cuando la diligencia -técnicamente “pericia”- empleada por el profesional en la consecución del fin propuesto por el acreedor es la correcta, de acuerdo con las circunstancias -internas y externas- y a la naturaleza de la obligación, entonces ha obrado acorde a los cánones exigibles que dictamina la *lex artis* “ad hoc”⁶⁷⁶.

III) Las ideas de LACRUZ y de SAVATIER, en cuanto a que de esta división de obligaciones depende *el daño que debe resarcir el responsable, tienen tanto de ingeniosa cuanto de superficial*. Insistimos, *jamás una clasificación servirá para regular un tema tan delicado como lo es el quantum respondeatur por sobre lo dictaminado por el ordenamiento jurídico de cada país*.

expresión- ‘materia prima’ de cualquier intento de elaboración”, conf. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., págs. 304 y 305. Podrá observarse ciertas diferencias con las ideas del reconocido profesor -también algunas felices coincidencias-, pero lo importante es resaltar ese intento de elaboración y reconocimiento de esta “no tan nueva” figura contractual. En el Derecho argentino puede verse, entre otros, LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, Tomo I, cit., págs. 339 y s.s.; allí específicamente trata lo atiente al “contrato de servicios profesionales”.

⁶⁷⁴ En este orden de ideas se ha afirmado que “la pericia constituye condición del exacto cumplimiento de las obligaciones de carácter profesional, entre ellas las del abogado, y, por tanto, su omisión -la impericia-, uno de los presupuestos de la responsabilidad contractual. El deudor debe en su comportamiento ajustarse a una medida de pericia objetiva, apta para satisfacer el interés crediticio. En este sentido, y en relación con la existencia o inexistencia de responsabilidad del profesional liberal, la doctrina y la jurisprudencia aluden frecuentemente a las reglas impuestas por la ‘lex artis’ a la que pertenece el deudor, como parámetro para tener en cuenta la verificación de aquella”, SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *ob. cit.*, pág. 129.

⁶⁷⁵ Tribunal Supremo, Sala I, sentencia 334/2003, del 8 de abril de 2003 (RJ 2003, 2956). Es digno aclarar que en dicha sentencia el máximo Tribunal español estableció que la obligación de un abogado no era de resultado, sino de medios (criterio que en varias resoluciones reitera como pudimos observar), pero tal circunstancia no significa que la actividad de aquel desaparezca o disminuya, “sino que únicamente da lugar a que deba ser contemplada desde diferente punto de vista, ponderando si se han desarrollado todas aquellas actuaciones que corresponden a la llamada *lex artis*”. Luego brinda la definición que reproducimos en el texto para después definir el contenido de esta obligación del letrado diciendo que “aunque no se trata... de que... haya de garantizar un resultado favorable a las pretensiones de la persona cuya defensa haya asumido, sí es exigible que ponga a contribución todos los conocimientos, la diligencia y la prudencia que, en condiciones normales, permitirían obtenerlo, como son -a título de ejemplo- la correcta fundamentación fáctica y jurídica de los escritos de alegaciones, la diligente proposición de las pruebas y la cuidadosa atención a la práctica de las mismas, la estricta observancia de los plazos y términos legales, etc.” (F. D. 4º). Puede verse, además, el comentario que realiza, entre otros juristas, JEREZ CALDERÓN, José Joaquín, “La responsabilidad civil del abogado por negligencia en la proposición de prueba: comentario a la sentencia de la Sala primera de lo Civil del Tribunal Supremo número 334/2003, de 8 de abril de 2003”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2003, N° 1-3, págs. 501 y s.s. La cursiva nos pertenece.

Además, existen otras STS en las cuales se hace expresa mención al concepto de la *lex artis*. Por ejemplo, la STS (Sala I), del 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372), constituye un buen ejemplo de lo afirmado. En ésta se remarca que en la relación entre un abogado y su cliente se está en presencia por lo general de un arrendamiento de servicios o *locatio operarum*, lo que genera una “obligación de medios”, donde no opera la inversión de la carga de la prueba. Este criterio es el más reiterado por el alto Tribunal. También mencionan a la *lex artis* en materia de mala práctica forense, las STS (Sala I) del 7 de febrero de 2000 (RJ 2000, 283) y del 4 de febrero de 1992 (RJ 1992, 819), siendo esta última sentencia la primera de una larga lista en la cual el Supremo utiliza la expresión *lex artis* (“propia de un abogado de diligencia normal”, agrega el Tribunal) en materia jurídica.

También se recurre al principio elemental de la *lex artis* afirmando que el deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis* “reglas del oficio” (terminología incorrecta, pues se trata de una “profesión”, y no de un “oficio”), “esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particularidades circunstancias del caso”, tal como dijo el TS en sentencias de fechas 23 de febrero de 2010 y 27 de mayo de 2010; y las Audiencias Provinciales de Barcelona, Sec. 17ª, 16-12-14 y de Valencia, Sec. 6ª, 23-12-14, entre otras tantas resoluciones de igual tenor. Ver estas últimas 4 sentencias en: LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *ob. cit.*, págs. 31, 54, 58, y 71.

⁶⁷⁶ El agregado *ad hoc* tiene la función de individualizar la conducta concreta del profesional realizada en la emergencia. En puridad esta individualización está autorizada genéricamente en el artículo 512 del Código Civil argentino derogado (art. 1724 del nuevo Código) y en el artículo 1104, primera parte, del español, en tanto establecen que la culpa sea valorada, “también”, teniendo presente las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Efectivamente, esta distinción *no puede llegar a establecer cuáles consecuencias son resarcibles a raíz del incumplimiento*. Por lo menos en legislaciones como la francesa, italiana, española y argentina -y cuantas otras que conocemos-, tal cuestión viene determinada genéricamente en el Código Civil (o Civil y Comercial), y para casos puntuales en leyes especiales.

Este es un problema que versa sobre una de las funciones de la causalidad en el ámbito de la responsabilidad civil, referida a la limitación de las consecuencias resarcibles que, como tal, será tratada en su lugar pertinente.

Por cierto que siempre debe tenerse presente el incumplimiento acaecido y las consecuencias que derivan del mismo. Amén del factor de atribución que refleje la conducta del letrado imperito. Todo ello teniendo en consideración cada singularidad que puede presentar cada caso en especial. Jamás una clasificación obligacional podrá, *a priori*, echarnos verdadera luz sobre tan importante cuestión.

IV) *El tema referido al derecho a la contraprestación no es más que otra falsa función predicada de la división artificiosa que tratamos*. Es claro que tal cuestión ha de depender, primero, de lo que digan las partes al respecto, siempre que no transgredan normas éticas o jurídicas. En tal sentido, el médico, por ejemplo, bien puede percibir sus emolumentos al comienzo del vínculo que lo liga con su paciente, como el abogado puede recibir parte de sus honorarios a medida que realiza la prestación comprometida. Generalmente hay límites para esta última posibilidad, pero allí, siempre que no se los supere, ello es perfectamente posible.

No dependerá de si una obligación es de medios o resultado para concluir si existe, o no, el derecho a la contraprestación en caso de no concretarse el fin buscado por el acreedor. Esto depende, sencillamente, de lo convenido entre las partes y del tipo contractual de que se trate, amén de lo predicado específicamente en cada profesión por sus normas reglamentarias (vg. las leyes arancelarias -o minutas- que regulan los honorarios profesionales de los letrados).

Tampoco nos convence que se determine que quien realice una actividad gratuita esté obligado con una obligación de medios y quien lo haga onerosamente esté sujeto a una obligación de resultado. En puridad no existe nada -ni una regla, ley o costumbre- que justifique dicha afirmación. Acaso el profesional que no actúe por dinero, ¿tiene más derecho a dañar? ¿O debe privilegiarse cuando se analice su conducta?

V) En un intento un tanto esforzado para mantener la utilidad del distingo, *hay autores que directamente sostienen que la clasificación de medios y fines resulta esencial para determinar si el factor de atribución del daño es subjetivo u objetivo*. Nada más desacertado, según nuestra posición, no obstante que reconocimos cierta coherencia en su lógica interna, y a pesar que en definitiva siempre dependerá el color del factor atributivo de lo que la "ley" -individual o general- diga al respecto, y en este último sentido el nuevo Código Civil y Comercial argentino ha determinado que cuando el deudor debe obtener un resultado determinado "su responsabilidad es objetiva" (art. 1723).

Así las cosas, esta postura (adoptada por el novel Código argentino) concluye que en una obligación de medios el criterio imputativo del daño es la culpa, en tanto que si la obligación es de fines, el factor de atribución de responsabilidad es de color objetivo⁶⁷⁷.

No diremos otra cosa que la ya expresada: *no es esta forzada clasificación la que determina el factor atributivo. Éste será establecido en cada ordenamiento, sistema, o subsistema, por medio de la ley*. También los particulares tienen cierta potencialidad determinante en este aspecto. Ahora bien, en caso que el criterio de atribución de responsabilidad no haya sido establecido ni en la ley general, ni en la individual (fuerza

⁶⁷⁷ BUERES se expresa con estos términos que no dejan lugar a dudas: "en los deberes de resultado la responsabilidad es objetiva; en los deberes de medios la responsabilidad es subjetiva", en *Responsabilidad civil de los médicos*, 2ª ed., 1ª reimp., *ob. cit.*, pág. 80. También y con la vista puesta en el nuevo Código argentino, Vázquez Ferreyra ha señalado terminantemente que "Esta clasificación apunta a la cuestión de fondo, al factor de atribución aplicable. Subjetivo u objetivo según sea la obligación de medios o resultado (arts. 1721, 1722, 1723 y 1724, CCyC), conf. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto Antonio, "Los deberes profesionales y la responsabilidad por incumplimiento", *cit.*, pág. 60.

normativa del contrato), entonces veamos el tipo de contrato celebrado. Por cierto que si estamos fuera de esa órbita, hay quienes dicen que la culpa es el criterio residual, y estimamos que no les falta razón⁶⁷⁸, postura que también avala el novel Código argentino cuando establece que en ausencia de normativa, “el factor de atribución es la culpa” (art. 1721, *in fine*).

Si en verdad esta clasificación tuviese la mágica función de establecer el criterio de imputación, siendo que a un incumplimiento de una obligación de medios el factor ha de ser subjetivo, en tanto que a una obligación de resultado “corresponde una responsabilidad de resultado”, ¿cómo nos explican que una ley haya determinado que en un caso típico de supuesta obligación de medios el criterio de atribución es objetivo? Nos referimos a la ley española respecto de la responsabilidad de los que prestan servicios sanitarios. Ello amén de la posibilidad de aplicar la distribución dinámica de las pruebas y otras presunciones de culpabilidad, algunas en las que ni siquiera la prueba de la “no culpa” sirve para eximir de responsabilidad al agente (presunciones *iuris et de iure* o irrefragables).

Por todas las razones señaladas, *creemos que ha llegado la hora de despedir a tan ingeniosa clasificación binaria y fundamental de las obligaciones. Sobre todo debemos tener en cuenta que la finalidad que antes se le atribuía a ésta es perfectamente superable con doctrinas jurídicas “positivas” modernas.*

Por ejemplo, en el campo procesal, la distribución dinámica de las pruebas (o adjudicación a quien se encuentre en mejores condiciones probatorias) puede, en aquellos ordenamientos que la contemplen, solucionar muchos inconvenientes que antes creaba el mentado distingo. Además, siempre debemos tener en consideración la determinación legal que al respecto se haga en los Códigos adjetivos, respecto de los principios que rigen el *onus probandi*, más allá de la aplicación judicial de ciertas reglas y presunciones ya casi consolidadas.

En el ámbito sustancial, y en lo que se refiere a la responsabilidad profesional, amén de aquellas reglas legales y deontológicas que jamás debemos olvidar, el criterio fundamental a tener en cuenta, es el de la *lex artis ad hoc*, que se aplicará con la formación de un *modelo profesional* que servirá para comparar, en todos los supuestos (obligaciones de medios o resultado y sus derivaciones o subclasificaciones), la conducta del deudor *obrada* en la emergencia con la *debida* legal (también integrada por principios deontológicos) y contractualmente. Cuando exista un desajuste entre lo obrado con lo debido y se comprueben los demás requisitos necesarios para cerrar el sistema de responsabilidad civil, pues habrá alguien que deberá brindar respuestas patrimoniales. Lo demás es puro baladío.

2.7. ¿Es válido afirmar que el profesional del Derecho celebra con su cliente en algunas ocasiones un contrato de servicios y en otras de obra intelectual? Sobre el contrato de prestación de servicios profesionales y el nuevo Código argentino.

⁶⁷⁸ En este sentido expresa el Proyecto de Código Civil para la República Argentina del año 1998 (en puridad, 1999), en su artículo 1602 *in fine* que: “A falta de norma legal, o de estipulación de partes, el factor de atribución es la culpa”.

También el nuevo Código expresa que “En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa” (art. 1721, *in fine*), tal como pusimos de resalto en el texto. No obstante, ya pasamos debida nota que también determina este novel Código que si el deudor debe un “resultado determinado” su responsabilidad es objetiva (conf. art. 1723). Además, el nuevo ordenamiento hace mención a la doctrina que tanto criticamos en los arts. 774, 1252 y 1768 como expresamos *infra*. Pero ello no implica pregonar con carácter general que este Código abraza, sin más, esta teoría binaria de las obligaciones. El problema sigue intacto, pues siempre habrá que averiguar o determinar cuándo hay un deber de resultado “determinado” (o “concreto”), cuando un resultado “eficaz”, y cuando uno de medio. Para ello es lógico que debemos acudir a las diversas modalidades o tipología de contratos, amén de lo determinado por las partes y por las normas deontológicas y legales propias de cada profesión. No podrá una clasificación de obligaciones *a priori* solucionar todos los problemas que puedan plantearse. De hecho, en materia de responsabilidades profesionales se establece que salvo supuestos excepcionales los profesionales liberales están sujetos a las reglas de las obligaciones de hacer, y su responsabilidad es subjetiva (art. 1768). Por otro lado, llama la atención que el principal mentor de este Código, el profesor Lorenzetti, sea un ferviente crítico de esta doctrina dualista obligacional. No nos olvidemos, además, que este Código también contempla la teoría de las cargas probatorias dinámicas, o adjudicación a quien está en mejores condiciones probatorias -o ambas cosas a la vez- (art. 1735), doctrina esta última con la cual puede entrar en colisión la famosa clasificación obligacional binaria. Así que todavía queda mucho para discutir. Para nuestros fines basta con lo señalado.

También nos preguntamos sobre si es válido afirmar que el profesional del Derecho celebra con su cliente a veces un contrato de *servicios -locatio operarum-* y en otras un contrato de *obra intelectual -locatio operis-*. Con todo lo que llevamos dicho surge evidente la respuesta negativa a tal cuestión.

En efecto, pusimos de resalto que *la doctrina que admite la distinción binaria de obligaciones en de medios y resultado, pareciera ser que confunde los efectos de los contratos con las obligaciones que derivan de los mismos. Se dice en tal sentido que si la obligación del profesional es de medios es porque celebró con su cliente una locación de servicios, en tanto que el contrato sería de obra si lo pactado equivale a una obligación de fines*⁶⁷⁹. *Es, sin ánimo de ofender, como anteponer el huevo a la gallina. Y no creemos que sea correcto plantear la cuestión científica -y hasta filosófica- sobre quién tiene preferencia temporal*⁶⁸⁰. Evidentemente, sin llegar a la *causa causarum*, de la gallina sale el huevo⁶⁸¹, cuanto del contrato surgen las obligaciones.

Acaso no se haya reparado que muchos de los problemas que supuestamente presentaban las obligaciones de medios y de resultado eran, en puridad, cuestiones relativas al tipo contractual estipulado.

Por cierto, limitar la rica relación profesional del Derecho-cliente a sólo dos tipos de contratos posibles, es no tener siquiera presente la polifacética función del abogado de nuestro tiempo. Merced a ello algunos hablan de mandato -muchas veces presente en la génesis del vínculo-⁶⁸², gestión de negocios, contrato de trabajo, depósito, sociedad, contrato

⁶⁷⁹ En este sentido se dijo, en el Derecho español, que “la actuación profesional del abogado se entiende pacíficamente como una obligación de medios y se enmarca dentro de la figura del arrendamiento de servicios a la luz del art. 1.544 CC... debemos dejar al margen claras obligaciones de resultados existentes en nuestra profesión que son encuadrables dentro del contrato de obra, entre las cuales encontramos principalmente la emisión de dictámenes”, conf. GONZÁLEZ FERRER, Juan José - YBARRA LÓPEZ-GÓMEZ, Javier, “La Frustración de oportunidades del cliente por error del abogado”, en *OTROSÍ, Publicación informativa del Colegio de Abogados de Madrid*, Enero 2002, Nº 33, pág. 22. También se señaló que “La calificación que hace la doctrina de estos vínculos contractuales convierte la obligación de estos profesionales, especialmente la del abogado, en una obligación de medios y no de resultado... Lógicamente, estas afirmaciones tienen encaje en el contorno del arrendamiento de servicios”, conf. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, *Derecho de Daños*, 2ª ed. corregida, ampliada y puesta al día, Bosch, Barcelona, 1999, págs. 251 y 252; En el Derecho argentino, igualmente y con contundencia, se expresó que “Deberá analizarse cada relación y dentro de ella las distintas obligaciones asumidas, que evidenciarán el tipo contractual aplicable”, GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “La responsabilidad profesional del abogado y el resarcimiento del daño moral”, publicado en *RCyS*, 2005, págs. 480 y s.s.; también se señaló -hablando sobre la relación contractual que nos ocupa y del tipo de contrato implicado- que “El mismo puede ser de locación de servicios, cuando el profesional compromete una obligación de medios o de diligencia, o un contrato de trabajo, siempre y cuando se hallen las notas dominantes de subordinación y estabilidad, o un contrato de locación de obra cuando el profesional asume el logro de un resultado final”, conf. COMPIANI, María Fabiana y STIGLITZ, Rubén S., “De algunas responsabilidades profesionales y su cobertura asegurativa”, publicado en *RCyS*, 2007, págs. 205 y s.s.

Siguiendo este equivocado camino, el art. 1252 del nuevo Código Civil y Comercial argentino dispone que si existe duda sobre la calificación del contrato “se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia. Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega”. Como vemos, este novel Código también cae en el error de calificar al contrato (en caso de duda) según el tipo de obligación de que se trate; cuando en realidad la situación es totalmente la opuesta.

Como observamos el razonamiento es el siguiente: si la obligación del profesional es de medios, es porque celebró un contrato de “locación” de servicios, o con más claridad: siendo la obligación de medios, será el contrato de arrendamiento de servicios; *mutatis mutandi*, si la obligación es de resultado el contrato es de obra ¿Se entiende por qué afirmamos que la relación contrato-obligación está invertida?

⁶⁸⁰ Dicho sea de paso, ahora se piensa que es la gallina quien tiene preferencia temporal, según científicos de la Universidades de Sheffield y Warwick (ambas de Gran Bretaña), quienes sostienen que la clave radica en una proteína que sólo se encuentra en el ovario de la gallina y que, por tanto, permitió la producción del primer huevo. No obstante, en el año 2006 el especialista en Genética de la Evolución, John Brookfield, de la Universidad de Nottingham (Inglaterra), había concluido que el organismo vivo del huevo y del animal que lo puso tendrían el mismo ADN, por lo que el primer ser vivo de la especie era el huevo. Como vemos la cuestión aún es debatida, casi como la doctrina dualista que clasifica las obligaciones en de medios y fines. Lo que queremos resaltar es que, simplemente, así como del contrato (causa o fuente, o causa-fuente) nacen las obligaciones, de la gallina surgen los huevos.

⁶⁸¹ Ahora bien, dirá algún lector despierto que también de ese huevo -efecto- sale la gallina (si es que no terminó en huevo frito...); pero responderemos que ya no será la gallina inicial, sino “otra”, distinta de la del ejemplo. Por cierto que proclamamos no inmiscuirnos en este eterno ciclo, menos para pelearnos con los “evolucionistas”.

⁶⁸² Nos referimos al abogado “argentino” -y de otros sistemas semejantes-, el cual tiene la posibilidad de ostentar al mismo tiempo la calidad de *abogado propiamente dicho* y llevar la *procuración* del asunto cuando está

"

de empleo público, contrato atípico, multiforme, *sui generis*, entre otros. Aunque lo más correcto consista, según nuestro modesto entender, en denominar a la relación que se crea entre el abogado con su cliente como un *contrato de prestación de servicios profesionales "jurídicos"*, el cual debiera estar regulado en la ley de fondo, tal como sucede -aunque en forma incompleta- en el ordenamiento legal italiano, con la regulación general *delle professioni intellettuali*.

Reiteramos que en este sentido se ha perdido una oportunidad sin igual en el Derecho argentino, puesto que su nuevo Código Civil y Comercial sólo destina una disposición en especial a los profesionales liberales (art. 1768 del Código Civil y Comercial⁶⁸³). Pero no fue más allá; podría haber regulado en forma especial este tipo de contrato, dotándolo de una tipicidad legal; pero tal senda -recomendable- no se transitó.

Recordaremos que en el Proyecto del año 1993 (PEN) fue propuesta la regulación del "contrato de servicios profesionales", siendo esa la solución correcta, según nuestra opinión. De hecho, en los propios Fundamentos del Anteproyecto que luego se convirtió en Código se resalta, cuando trata el tema del *contrato de servicios profesionales* que: "*Entendemos que no es necesario un tipo especial para regular el contrato de servicios profesionales como fue propuesta de regulación en el Proyecto de 1993 (PEN)*".

En primer lugar porque la diversidad de actividades profesionales hace difícil encuadrarlas en un solo tipo especial, y existe adaptabilidad con las normas ya propuestas en el resto de los textos.

En segundo lugar, porque las reglas específicas contempladas en el Proyecto de 1993 (PEN) para dicho contrato, se encuentran en el Anteproyecto que presentamos.

La discrecionalidad técnica, la diferenciación con el contrato dependiente, los efectos de la utilización de terceros, el modo de determinar la obligación profesional, están contempladas en las disposiciones generales de los contratos de obra y servicios. En la parte especial de los servicios se remite a las obligaciones de hacer, donde claramente se distinguen los casos de mera actividad de los otros en los que se promete eficacia⁶⁸⁴. También en obligaciones existen previsiones sobre la utilización de terceros, la imputación basada en la estructura del vínculo obligatorio, la confianza especial, y los deberes secundarios de conducta.

Los aspectos vinculados a la prueba están contemplados en obligaciones y los de responsabilidad en la parte general de este tema. También en la parte general de los contratos hay numerosas disposiciones propias de los servicios profesionales.

El profesional tiene discrecionalidad técnica, por ello puede elegir los medios a utilizar conforme con la ciencia y conocimientos que pone en juego en cada prestación. El Anteproyecto propone en el art. 1253 que 'el contratista o prestador de los servicios elige libremente los medios de ejecución del contrato'.

La obligación puede ser contratada intuitu personae, atendiendo a las condiciones personales insustituibles del profesional. En el caso en que no sea así, el profesional puede requerir la cooperación de terceros. El Anteproyecto dispone (art. 1254) que 'el contratista o prestador de servicios puede valerse de terceros para ejecutar el servicio, salvo que de lo estipulado o de la índole de la obligación resulte que fue elegido por sus cualidades para

investido de un poder para juicios (poder general para juicios, especial, *apud acta*, etc.). De tal abogado "apoderado-procurador" es que se proclama la relación de mandato frente a su cliente, al resultar mandatario y representante del mismo. En España tendríamos que ver tal figura (contrato de mandato) en la vinculación que existe entre el cliente con el procurador, tal como resaltamos en varias oportunidades en esta tesis con abundantes citas de resoluciones del Tribunal Supremo y de Audiencias Provinciales que en honor a la brevedad omitimos aquí reproducir.

⁶⁸³ Ya señalamos *ut supra* que el nuevo Código unificado en Argentina sólo dice al respecto que la actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer y que, salvo casos excepcionales, su responsabilidad es subjetiva (ver art. 1768).

⁶⁸⁴ Sabemos que esto no es del todo cierto, pues el mismo art. 774, en su inciso b), nos refiere a una obligación de resultado en donde no se tiene en consideración su "eficacia".

*realizarlo personalmente en todo o en parte. En cualquier caso conserva la dirección y la responsabilidad de la ejecución*⁶⁸⁵.

Como puede observarse en apretada síntesis, el nuevo Código argentino ha optado por no regular sistemáticamente el contrato de prestación profesional en un tipo especial, sino que el operador jurídico deberá buscar en numerosas normas dispersas en el Código -que fueron y aún serán estudiadas en esta tesis- para encontrar la solución al caso concreto sometido a su decisión. Claro que a nosotros nos parece que hubiera sido preferible reunir dichas reglas (aunque no las compartamos a todas) en un contrato tipo, insistimos⁶⁸⁶.

Tampoco es del todo cierto que sólo los contratos a tener en consideración sean los de obra y servicios, pues ya vimos que tales tipos clásicos se quedan cortos para captar la polifacética figura del abogado ejerciente. Además, creen los redactores que con dicha clasificación se solucionan todos los problemas, pues de tales normas surgiría la mágica división obligacional tantas veces criticada, lo que sabemos que no es cierto.

Por todo lo antedicho pensamos que esta bifurcación contractual en dos especies es, a todas luces, improcedente. Ello tanto porque se confunde lo que es una obligación de lo que es un contrato, cuanto por resultar insuficiente para aquellos que todavía no advierten una única relación llevada a cabo a través del contrato de prestación de servicios profesionales -específicamente servicios “jurídicos” cuando se vincula el profesional del Derecho-.

2.8. La diferenciación en el quehacer del abogado ejerciente acerca de las cuestiones de hecho y derecho, ¿es real?

Nos habíamos propuesto examinar acerca de si es real la diferenciación entre las cuestiones de hecho y derecho⁶⁸⁷, atinentes al ejercicio profesional del abogado. El tema tiene cierta vinculación con aquella distinción relativa a los posibles errores materiales o científicos en que puede incurrir el profesional “legal” en su actividad. Pero a pesar de esta relación, somos de la idea que son perfectamente separables. Hablaremos ahora, pues, de esta primera dicotomía señalada.

Genéricamente se puede entender por “*cuestiones de hecho*” a aquellos aspectos de la profesión que no tienen directa incidencia con la “técnica jurídica”. Bien puede representarse como aquella base fáctica de la cual el profesional hará su construcción específica para presentársela al juez. Viene a ser la situación real, de la vida concreta, en la que se encuentra el cliente a la hora de acudir al abogado. Tal antecedente -inexorablemente- es de conflicto, máxime si tenemos presente que ahora sólo tratamos de la actividad judicial del profesional.

Pues los hechos son narrados por el cliente y hay quienes afirman que de éstos no debe hacerse cargo el letrado.

Siguiendo con este razonamiento por “*cuestiones de derecho*” ha de entenderse a la dosis técnica que el profesional le agrega a la base fáctica, sea para asesorarlo extrajudicialmente, sea para exponerlo ante los tribunales -administrativos o judiciales-. Es

⁶⁸⁵ Ver: *CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto 191/2011. Cit.*, págs. 631 y 632.

⁶⁸⁶ Por su parte la ya mencionada Propuesta de reforma al Código Civil español tiene en este aspecto algo singular que debemos destacar. Por de pronto, si bien no se regula el contrato de prestación jurídica así como lo proponemos en esta tesis, sí se regula en forma singular los contratos de Consultoría y Asesoramiento en los artículo 585-1 y s.s. Por cierto que respecto del pacto de cuota litis, entendemos que el mismo se permite a partir de lo determinado en el art. 585-2, en tanto establece que las partes pueden convenir que el profesional perciba, en concepto de retribución de sus servicios, “una parte proporcional de las ventajas” patrimoniales que obtenga el cliente, y que no hayan de pagarse honorarios si no se alcanza ninguna. De esta forma, estimamos, se abre las puertas al mentado pacto de cuota litis, práctica en general prohibida sin motivo real en España y de uso muy frecuente en otros países. Luego en tales “Propuestas”, se regula el contrato de servicio médico. Ver: *Propuesta de Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Tecnos, Madrid, 2018.

⁶⁸⁷ No debemos confundir las cuestiones de hecho y derecho con las cuales se relaciona el abogado antes de presentar su demanda, con las diferencias técnicas específicas que se crearon en el ámbito jurídico respecto de las cuestiones de hecho y *quaestio iuris* con la finalidad de abrir o cerrar las puertas de instancias extraordinarias. No asimilemos estos temas, pues, por más vinculación que pueda existir, como será remarcado por vía ejemplificativa en el texto.

decir, se trata del desempeño específico y propio del letrado, el cual debe desplegarlo acorde a su *lex artis*.

También se ha sostenido que en las cuestiones de derecho, el profesional en su ejercicio no ha de responder de las mismas, bien porque éstas son dudosas, oscuras, opinables, inseguras, mutables -es decir que las leyes no son claras, las opiniones doctrinarias controvertidas y la jurisprudencia caótica-; bien porque en caso de defecto en su fundamentación jurídica el juez puede subsanarlo aplicando el principio *iura novit curia*⁶⁸⁸ (el juez -o la curia- conoce el Derecho)⁶⁸⁹, “en cuya virtud el juez puede elegir libremente la norma o normas que conceptualicen el caso sometido a su decisión, con prescindencia de la designación técnica que le hubiese podido dar la parte a la situación de hecho litigiosa”⁶⁹⁰.

Tal situación llevó a MOSSET ITURRASPE⁶⁹¹ a preguntarse: “¿Cabría entonces concluir que el abogado no será jamás responsable, en la medida en que los hechos los ‘dan las partes’ y el derecho ‘lo pone el juez’?” Por supuesto que el maestro santafesino responde en forma negativa de manera categórica. Y claro que compartimos su parecer. Por lo tanto, *el abogado ha de responder sin importar si su defecto en la prestación se debe a un déficit en cuanto a las cuestiones fácticas o jurídicas*.

Por cierto que en verdad *es difícil separar ambas cuestiones en la realidad*, no obstante que destacados autores lo logran con su ágil pluma. Primero debemos recordar que *la base fáctica condiciona absolutamente la jurídica*. Jamás puede haber un divorcio *inter ambos*, so pena de incongruencia manifiesta. Tal plataforma fáctica, incluso, ejerce presión sobre el juez al sentenciar, con mayor razón si lo hace habiendo ejercido su facultad resumida en el brocardico *iura novit curia*. Ya tenemos una importante conexión entre las dos cuestiones que algunos las presentan en forma tan distantes. En puridad *los hechos originan y condicionan al derecho aplicable a éstos*⁶⁹².

En cuanto a la *base fáctica* ha dicho TRIGO REPRESAS que “al letrado le corresponde la selección de los hechos, normas y desarrollos argumentativos, por lo que no debe limitarse simplemente a reproducir las circunstancias fácticas que le fueran expuestas por el cliente, sino que debe aprehenderlas y valorarlas a la luz de las preceptivas e instituciones jurídicas”⁶⁹³.

⁶⁸⁸ Con respecto a dicho principio, resolvió con contundencia el Tribunal Supremo español, Sala 1ª, de lo Civil, en sentencia de fecha 18 de julio de 2008, que “no se considera contrario al principio *iura novit curia* -sino expresión del mismo- la posibilidad de que el Juez de instancia aplique el derecho adecuado al caso planteado, con la sola limitación de los hechos expuestos por las partes y de la causa de pedir, sin que este último concepto deba ser incluido el precepto normativo erróneamente escogido por las partes. Son las alegaciones de la parte actora, los hechos, las circunstancias que rodean al caso contemplado, los que establecen el escenario en el que ha de desenvolverse el demandado en la contestación, sin que pueda oponerse la excusa genérica de la indefensión de la contraparte en caso de que el Juzgador aplique otra norma diferente de la alegada en los fundamentos jurídicos de la demanda, cuando, con base en los hechos, pudo defenderse de aquellos que le eran desfavorables con todos los medios disponibles en Derecho”, ver: LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *ob. cit.*, págs. 19 y 20.

⁶⁸⁹ MAYO, Jorge Alberto, “Casuística de la responsabilidad del abogado...”, *cit.*, pág. 124.

⁶⁹⁰ Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños, t. VIII, Responsabilidad de los profesionales*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, pág. 496. En otro trabajo señala el estimado jurista santafesino que la interpretación extrema de dicho brocardico *-iura novit curia-*, muchas veces aceptada, “conduce a orientar a los aspirantes a abogados al estudio de la literatura, para contar bien los hechos, con abandono del estudio del Derecho, que, de cualquier manera, no corresponde sea puesto por el abogado sino por el juez”, MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad del abogado”, *La Ley*, 2006-B, cita 1, págs. 1 y s.s.; LLP 2006, cita 1, págs., 747 y s.s. Idénticas ideas sostuvo en algunas Jornadas y conferencias que hemos tenido el honor de impartir a su lado, y en otros trabajos que citamos sobre la materia.

⁶⁹¹ *Responsabilidad por daños, cit.*, pág. 496.

⁶⁹² Anota irónicamente -aunque con todo acierto- CALAMANDREI que “*Ex facto ius* (del hecho surge el derecho) es un viejo aforismo, cauto y honesto, que supone en quien desea juzgar bien, determinar, ante todo, con fidelidad minuciosa, los hechos discutidos. Pero ciertos abogados lo entienden al revés; una vez que han excogitado una brillante teoría jurídica que se presta a virtuosismos de fácil ingenio, ajustan a ella exactamente los hechos, siguiendo las exigencias de la teoría; y así *ex iure oritur factum* (del derecho surge el hecho)”; ver: CALAMANDREI, Piero, *Elogio de los Jueces*, Traducción de Ayerra Redín, Santiago Sentís Melendo y Conrado Finzi, Estudio preliminar de Marcelo Bazán Lazcano, Librería El Foro, Buenos Aires, 1997, pág. 150.

⁶⁹³ Conf. TRIGO REPRESAS, Félix A., *Responsabilidad civil del abogado, cit.*, pág. 149; “Falta de legitimación ‘ad causam’ del actor y responsabilidad civil del abogado”, *La Ley*, 2007-B, págs. 570 y s.s. En igual sentido: PETTIS, Christian R., “La caducidad de la instancia y la responsabilidad civil consecuyente de los profesionales intervinientes”, *La Ley*, 2006-B, págs. 580 y s.s.

También ha señalado con acierto MOSSET ITURRASPE que la responsabilidad profesional del abogado “puede originarse en la exposición misma de los hechos: cuando narra hechos inconducentes, o bien hechos que no podrá luego demostrar, o hechos que llevarán al juez a una elección equivocada del derecho aplicable al caso; narrar los hechos, hacerlo bien, con base en la verdad; sin dejar de lado los conducentes, los que tienen que ver con la *fatispecie* aprehendida en la norma legal, es parte importante de la ciencia o el arte de la profesión”⁶⁹⁴.

Debe quedar claro que *el “sustrato fáctico” constituye la base o fundamento de la dosis o consecuencia jurídica* que se pretenda conseguir cuando se esgrima la pretensión -vg. juicio de condena por responsabilidad civil derivada de una mala praxis médica-. Y por ello cuando el letrado lo exponga en una demanda dará forma a la *causa petendi* entendida como “el acaecimiento histórico o relación de hechos que, al propio tiempo que delimitan e individualizan la demanda sirven de fundamento a la pretensión que se actúa”, como dijo claramente el Tribunal Supremo español⁶⁹⁵.

Por todo lo antedicho pensamos que la responsabilidad del abogado puede nacer antes de que exponga en un escrito judicial los hechos que le indique su cliente, ya que primero debe examinar y apreciar su verosimilitud, dentro de sus posibilidades y analizar la viabilidad de la acción que se pretende plantear con fundamento en ellos.

En dos fallos de Tribunales mendocinos también se resaltó que la responsabilidad del letrado puede tener nacimiento aún antes de que el mismo exponga por escrito los hechos narrados por su cliente, justamente porque debe analizar y apreciar su verosimilitud, “como así también la viabilidad de la acción sobre la base de los mismos, y si así no lo hace, incurre en responsabilidad por realizar planteos inverosímiles o inmorales”⁶⁹⁶. El segundo de los precedentes emana de la Corte mendocina⁶⁹⁷ y se trata de un comentado voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, en el cual se responsabilizó al letrado no ya frente a su ex cliente, sino frente a un tercero -la contraparte-, a quien el abogado demandó en un juicio de mala praxis médica y resultó absuelto del mismo, imponiéndose las costas a dicho profesional temerario. Así las cosas, en el juicio que luego le inició el profesional de la medicina -también de mala praxis, pero “legal o forense”- se resaltó la “atribución de un obrar culposo consistente en el inicio de una acción carente de fundamento, sin prueba adecuada, y en la prestación de un asesoramiento considerado totalmente erróneo”⁶⁹⁸. En pocas palabras se hizo responsable a un abogado por el impulso de una acción que denominados normalmente como una “aventura judicial”.

Desde hace tiempo que BUSTAMANTE ALSINA está conforme con tal parecer y cita en su conocida obra de responsabilidad civil otro precedente de hace más de medio siglo en el que se responsabilizó al abogado “por las consecuencias de la falta de claridad en la exposición de los hechos -lo que facilitó el triunfo de su demandada por un accidente de trabajo- aunque haya repetido lo manifestado por su cliente, porque a él le incumbe analizar los hechos y antecedentes que se le exponen”⁶⁹⁹.

Lo manifestado hasta aquí pone de resalto que *el abogado debe tener suma prudencia a la hora de analizar los hechos que el cliente le arrima verbalmente o por escrito*. No puede

⁶⁹⁴ MOSSET ITURRASPE, *ob. cit.*, págs. 498 y 499.

⁶⁹⁵ STS, Sala I, 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8971).

⁶⁹⁶ Cámara 4ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 30-08-2006, “Fernández, Daniel E. c/Sánchez Azcona, Diego”, La Ley Gran Cuyo 2006 (diciembre), 1432.

⁶⁹⁷ S.C. Mendoza, Sala I, 2008/08/12, B. C. C. c. M. R. A. y otros.

⁶⁹⁸ Conf. WIERZBA, Sandra M, *art. cit.*, pág. 51. Ello así, “puesto que existe un verdadero deber a cargo del letrado del litigante actor, de investigar y obtener sustento técnico válido para la posición de su cliente. El resultado de tal examen puede volcarse en informes médicos, prueba documental de interés médico legal, informes de Sociedades especializadas u otros elementos, que de modo alguno deben asegurar un resultado exitoso para el reclamo, aunque sí demostrar seriedad en la pretensión. Y la falta de cumplimiento de tal deber, en definitiva resulta socialmente disvaliosa. Es que mayormente lleva al trámite de extensos procesos innecesarios, con frustración de expectativas para los demandantes, lesión patrimonial y moral para los accionados, descrédito de instituciones e innecesario dispendio de la actividad jurisdiccional”, WIERZBA, Sandra M., *art. cit.* Coincidimos totalmente con tal comentario y con la solución arribada por la Corte mendocina, aunque nuestras discrepancias ya fueron resaltadas en otros lugares de esta tesis.

⁶⁹⁹ Fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala F, del 27-12-1959, “Plaza c. Converti”, publicado en *La Ley - Argentina-*, T. 98, pág. 616 y en *J. A.*, 1960-II, 29. También obra en la *Teoría General de la Responsabilidad Civil* del citado autor, pág. 443; y en el libro de TRIGO REPRESAS, *ob. cit.*, págs. 149 y 150.

hacer una demanda temeraria y pretender eximirse de responsabilidad alegando que el cliente quería iniciar el pleito, que éste le habría dicho otra cosa distinta de la realidad, o que supuestamente contaba con tal o cual documento o medio de prueba, etcétera. También, como se observó, el letrado puede ser sindicado como responsable por supuestas faltas fácticas.

Con lo recién afirmado no queremos significar que el profesional del Derecho se transforme en un investigador privado respecto de todos los dichos de su cliente, máxime si éstos son de su exclusivo conocimiento personal⁷⁰⁰. Simplemente queremos remarcar que el abogado debe analizar lo que se le expone, hacer un juicio sobre su verosimilitud y, por supuesto, averiguar con qué pruebas cuenta para corroborar lo manifestado por su asistido⁷⁰¹.

Pero en las *cuestiones jurídicas* el asunto no es muy claro. BUSTAMANTE ALSINA, entre otros tantos, expresa que “La responsabilidad profesional no existe cuando median errores de carácter científico, aún cuando las teorías sean controvertidas, pero subsiste en los casos de impericia, o sea olvido de las precauciones que la prudencia ordinaria prescribe, de las reglas admitidas por todos como ciertas. En las hipótesis de error grave e inexcusable el abogado deberá responder de un consejo legal notoriamente perjudicial para su cliente. Sin embargo, tratándose de un patrocinio judicial, el error de derecho tiene menores consecuencias que en el caso de seguirse un dictamen extrajudicial equivocado. En efecto, en estos casos, el error de derecho en cuanto al fundamento de la acción, puede quedar subsanado por la aplicación del principio ‘*iura novit curia*’ (el juez conoce el derecho)”⁷⁰².

Por todo lo expuesto no podemos compartir casi la totalidad de lo afirmado por el reconocido jurista argentino. Primero confunde el tema relativo a las cuestiones de hecho y derecho con la culpa material o científica que para nosotros, al menos, es distinguible, aunque en última instancia toda imputabilidad radique en lo mismo: defecto de la conducta prestable acorde a los parámetros que para el caso concreto se haya prescripto en su respectiva *lex artis*.

Más importante es nuestro disenso en cuanto a que exige para que responda el letrado el *error grave e inexcusable*, lo que nos lleva de vuelta a la teoría de la prestación de las culpas, desechada de plano en esta tesis -y en el propio Código Civil de Vélez (ver nota al artículo 512) y el nuevo Código Civil y Comercial argentino (art. 1724), al menos con carácter general según pudimos observar⁷⁰³-.

Por último, y específicamente en este tema, afirma que el *error de derecho tiene menos consecuencias en el ámbito judicial*. Con tal parecer no estamos de acuerdo y ya daremos nuestros motivos.

También TRIGO REPRESAS, entre otros, se hizo eco de esta postura y afirmó que el error de derecho tiene menos consecuencias en el ámbito judicial, “en razón de que el error de derecho, en cuanto al fundamento de la litis, puede quedar subsanado por la aplicación del principio *iura novit curia*”⁷⁰⁴.

Por nuestra parte pensamos que *jamás debemos perder de vista que el principio tan aclamado del iura novit curia -o ius novit curia- es una “facultad” de los jueces que pueden*

⁷⁰⁰ En tal sentido se ha resuelto que la responsabilidad del abogado no puede llevarse al límite de hacerlo cargar con toda falta de veracidad en los planteos de su patrocinado -en el caso puntual se trataba sobre una excepción de falsedad de firma de cheques que efectivamente habían sido suscriptos por el cliente-. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 11-12-2002, “D., M. B. c/S., M. E.”, R. C. y S., 2003-2, 150.

⁷⁰¹ Por tal motivo es que se ha decidido que si bien la decisión de demandar o no corresponde al cliente, al abogado patrocinante (igual regla rige al apoderado) le incumbe aconsejar a aquél sobre la conveniencia o inconveniencia de promover la demanda, “e incluso debe negarse a suscribirla si advierte que no tiene posibilidades de éxito o que no cuenta con los medios probatorios necesarios para acreditar los hechos invocados en ella”, conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 13-12-2006, “Fainbarg, Jorge O. c/C., E. A.”, La Ley del 28-03-2007, 6, con nota de Félix A. Trigo Represas. Como consejo saludable, recomendamos a nuestros colegas que si acaso algún cliente pretende litigar con pocas o nulas probabilidades, hagan constar ello por escrito, aunque lo mejor sería no aventurarse judicialmente.

⁷⁰² *Ob. cit.*, págs. 443 *in fine* y 444. También en este sentido se ha señalado que el error de derecho en principio no acarrea responsabilidad. Dicho error para generar responsabilidad debe ser “inexcusable, grosero, garrafal; no saber lo que todo abogado debe saber, o confundir lo que es imposible de confundir”, conf. LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pág. 548.

⁷⁰³ Podemos ejemplificar, también, con el art. 1104, primera parte, del Código Civil español.

⁷⁰⁴ *Ob. cit.*, pág. 152. En idéntica postura, entre otros tantos, LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *ob. cit.*, pág. 548.

o no aplicar en un caso concreto. Es cierto que a veces la aplicación de dicha facultad podrá “salvar” al letrado⁷⁰⁵. Pero también es cierto que no conocemos legislaciones en las cuales se les ordene a los jueces que cambien la calificación jurídica mal realizada por el abogado. *Se supone que el abogado también debiera conocer el derecho*⁷⁰⁶, máxime si está por realizar una labor judicial con los riesgos que ello sólo conlleva. No podemos admitir que el letrado-profesional, por cierto- se libre al azar en la cuestión técnica propia, creyendo no ahogarse en la perdición con el salvavidas que supuestamente le arrojará el juez.

Claro que tampoco somos de la idea que el abogado ha de responder siempre que pierda el pleito su cliente. *Simplemente hay que observar si hubo o no actuación diligente acorde a los cánones de exigencias requeridos en la emergencia.* Si hay un Código Procesal o Ley de Enjuiciamiento, si existen pronunciamientos de los Superiores -Cámaras de Apelaciones, Audiencias Provinciales, Superiores Tribunales o Cortes Supremas, etc.-, si hay criterios ciertamente consolidados, si contamos con doctrina formada al respecto, si existe una solución legal más o menos clara, no podemos concluir con la eximición del abogado ante el daño producido al cliente.

Mucho menos podemos privilegiarlo con la falacia que el juez no le otorgó la razón que él tenía, o no quiso aplicar el principio *iura novit curia* para darle acogida a su pretensión material. *Corresponde analizar cada caso en particular para determinar si existe o no responsabilidad. Pero lo que no podemos hacer es tener el prejuicio acerca de que en las cuestiones de derecho el abogado no responde frente a su cliente, o que responde excepcionalmente.*

Por cierto que aquí tampoco notamos que en realidad exista alguna diferencia válida entre las cuestiones de hecho y derecho. Mas bien esto es obra de mentes amantes de las dicotomías. *En cierta medida creemos que para el abogado todas las cuestiones son de derecho, incluso hasta aquellas que aparentan ser lo más fáctica posible.* Esta diferenciación, en verdad, es sumamente antojadiza y parece haber sido creada para servir de escudo protector de los abogados negligentes. Ya decía el gran Piero CALAMANDREI⁷⁰⁷

⁷⁰⁵ Siempre y cuando se aplique esta “prerrogativa” sin alterar el relato fáctico en que se apoya la demanda, ni se base en hechos distintos de los allí invocados, es decir cuidando que no se produzca cambio alguno en la *causa petendi*, pues entonces ya nos encontraríamos violentando el derecho de defensa de la otra parte, tal como resaltamos recién, vía ejemplificativa, con una sentencia del Tribunal Supremo español. Específicamente en materia de responsabilidad civil de los abogados es interesante constatar el uso de esta facultad cuando al iniciar la demanda se invoca una responsabilidad de carácter extracontractual y el Tribunal aplica las normas del régimen opuesto por entender, correctamente, que son las adecuadas para solucionar el caso aunque sean distintas de las alegadas por la parte como fundamento de su pretensión (el famoso tema del *cúmulo* u *opción* por existir una suerte de “yuxtaposición” de responsabilidades contractual y extracontractual). Tal como sucedió, entre otros asuntos, en un caso que llegó hasta el Tribunal Supremo. Ver STS, Sala I, 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8971) y la que citamos en reciente nota. Este caso se trataba de un asunto de responsabilidad civil de un abogado por dejar prescribir una acción por culpa extracontractual al haberse producido la muerte del padre y esposo de los actores como consecuencia de un accidente producido cuando reparaba el techo de una parroquia. Al presentar el letrado la demanda pasado un año desde el mentado hecho ilícito se hizo lugar a la defensa de prescripción invocada por la contraria. Así las cosas, un “segundo” letrado le inicia juicio de responsabilidad civil a su colega invocando la aplicación de las normas del subsistema de responsabilidad extracontractual, *ex art.* 1902 del Código Civil español. Allí es cuando el Tribunal hace uso de esta “facultad salvadora” para auxiliar a este segundo profesional -entendiendo en forma acertada que estábamos en presencia de un claro caso de responsabilidad contractual- e, “irónicamente”, condenar al primer abogado y a su compañía aseguradora. También en la otra sentencia que citamos con antelación se planteaba el tema de la responsabilidad contractual (quince años de prescripción) o extracontractual (un año de prescripción), resolviendo el Tribunal Supremo de idéntica manera a la recientemente descripta.

⁷⁰⁶ En tal sentido ha señalado un autor mexicano que “los litigantes deben ser peritos en derecho como los jueces mismos, pues unos y otros han de ser ‘letrados’ en el puro sentido de la palabra: expertos en la aplicación de la ley. Aunque en la realidad no ocurra siempre así pues conforme a la Ley de Profesiones, es suficiente haber obtenido el grado universitario de licenciado en derecho para adquirir la cédula profesional que habilita formalmente -sólo formalmente- para desempeñar tales menesteres profesionales”, *conf.* GALINGO GARFIA, Ignacio, “El abogado litigante. Algunas reflexiones”, en *El papel del abogado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Universidad Americana de Acapulco, Porrúa, México, 1999, pág. 71. El defecto que remarca el citado autor, hablando del profesional litigante en México, es predicable en muchos países. Quizás sea conveniente requerir en nuestros ordenamientos, una suerte de “convalidación” del título (incluso de las “especialidades”) cada cinco años, por ejemplo, y así comprobar si un profesional concreto se encuentra en los hechos facultado para ejercer. Solicitar lo mismo de nuestros magistrados no creemos que sea descabellado. Tal exigencia es requerida en muchos países a los médicos para poder practicar -o seguir ejerciendo- su profesión.

⁷⁰⁷ Dijo el maestro florentino “A veces, en los procesos, la preferencia dada por los abogados y jueces a las cuestiones de Derecho o a las de hecho, no corresponde a las verdaderas necesidades de la causa, sino que está determinada por motivos tácticos que sólo los expertos consiguen leer entre las líneas de las motivaciones. En otros tiempos, cuando las sentencias de los antiguos Parlamentos franceses eran impugnables por error de hecho

que los jueces -motivados por los abogados- hacían lo que deseaban con respecto a las cuestiones de hecho y derecho para darles, o no, acogida a un caso en la Casación italiana. MOSSET ITURRASPE también piensa que “en cada ‘etapa’ o decisión el abogado tiene los ojos puestos en hechos y derecho, como aspectos inseparables, que se sostienen mutuamente”⁷⁰⁸.

2.9. ¿Es conveniente la distinción a los efectos de determinar la responsabilidad profesional del abogado, según éste actúe como apoderado, o como patrocinante?

Nos cuestionamos al principio respecto de si es adecuado establecer diferentes responsabilizantes en el caso que el abogado ejerza su ministerio como *apoderado* o, por el contrario, actúe sólo como *patrocinante* de su cliente. Como se advierte estamos en el ámbito judicial y por ello tratamos de la posible responsabilidad que le corresponde al abogado en tal sede⁷⁰⁹.

Pues existe una notable corriente doctrinal -con sonado eco en la jurisprudencia- que establece importantes diferencias en los casos de actuación como apoderado -procurador⁷¹⁰-, o como patrocinante, asesor legal o defensor penal⁷¹¹.

Así, se dice que si el abogado actúa como *apoderado* o *procurador* su obligación frente al cliente sería una típica *obligación de resultado*⁷¹², en lo que respecta a los actos específicamente procesales, tales como asistir a las audiencias, concurrir a los estrados judiciales los días de notificaciones, suscribir y presentar escritos, interponer los pertinentes recursos judiciales contra toda resolución desfavorable a los intereses de su cliente y, en general, mantener vivo el proceso a través de actos impulsorios⁷¹³.

pero no por error de derecho, parecía suprema habilidad en los abogados la consistente en revestir cualquier duda jurídica con cuestiones de hecho. Lo contrario ocurre con los abogados de casación, los cuales, para poder recurrir en casación las sentencias de apelación, impugnables sólo por infracción de ley, de las más modestas y concretas circunstancias de hecho, sacan pretexto para disertar de *apicibus iuris*. Pero a estos expedientes de mal abogado desearíamos que no recurriesen los jueces; da pena verlos a veces, para poner sus sentencias a cubierto del peligro de la casación, ingeniarse para pasar en silencio cuestiones esenciales de derecho y lanzar por el mundo ciertas sentencias tan pesadamente motivadas en cuanto a los hechos, que parecen verdaderamente protegidas por una antiestética coraza, destinada a cerrar el paso, no ya sólo a los golpes de habilidad de los abogados (lo que podría ser una ventaja), sino también (y esto sin duda es un mal) a los ojos indagadores de la Corte Suprema”, *ob. cit.*, pág. 152.

⁷⁰⁸ *Ob. cit.*, pág. 502.

⁷⁰⁹ Por abogado “litigante” entendemos al “hombre de derecho que profesa la abogacía en su original sentido: como consejero legal y a la vez como experto en el desarrollo del proceso judicial en sus diversas etapas, en la defensa de los intereses de su cliente”, conf. GALINGO GARFIA, Ignacio, “El abogado litigante...”, *cit.*, pág. 72. El mentado autor nos explica que, al menos en México, al abogado que ejerce su profesión en materia criminal se le llama “defensor” (como el “defensor penal” argentino) y al que practica en el aspecto civil, “patrono”. Ambos defienden o protegen los intereses de sus clientes, ya en su *persona*, ya en su *patrimonio*.

⁷¹⁰ Nos estamos refiriendo aquí al abogado “procurador” en Argentina, es decir al *abogado* que cuenta con un poder para juicios (o alguna investidura similar) para el ejercicio de su función, o sea al apoderado. No confundir con el “procurador español”, aunque algunas conclusiones puedan ser aplicables allí también.

⁷¹¹ Ver, entre muchos autores que comparten tal distinción, TRIGO REPRESAS, Félix A., “Los distintos roles del abogado...”, *cit.*, págs. 69 y s.s.; ANDORNO, Luis O. “La responsabilidad de los abogados en los Proyectos de Reforma del Código Civil”, *cit.*, págs. 169 y s.s.

⁷¹² En contra de considerar a las obligaciones que le pesa al apoderado como de fines, podemos citar a LLAMBÍAS, quien señaló que si bien algunas de éstas puedan tener el aire de ser obligaciones de resultado, “como el conjunto de su función en razón de ser un mandatario le deja un cúmulo de medidas libradas a la discreción del procurador, creemos que la obligación de éste es de *medio*, por lo que el poderdante que le imputa incumplimiento debe establecer la culpa en la ejecución del mandato”, ver LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Tomo IV-B*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1980, n° 2834, págs. 155 *in fine* y 156. Entendemos que la posición particular del maestro argentino sin dudas se debe a que jamás renunció a su enrolamiento subjetivo en cuanto a la determinación de los factores de atribución que imperan en la responsabilidad civil. Por ello, al establecer que aún los apoderados o procuradores -mandatarios- están sujetos a meras obligaciones de medios, lo que se logra es no neutralizar o borrar a la culpa como factor imputativo. Nosotros llegamos a esa conclusión, pero renegando del mentado distingo clasificador de obligaciones.

⁷¹³ “Cuando se analiza la actuación profesional del apoderado o procurador se entiende que éstos se encuentran obligados a una prestación de ‘resultado’, con relación a los actos procesales de su específica incumbencia, tales como suscribir y presentar los escritos correspondientes, hacerlo en tiempo y forma, asistir a las audiencias que se celebren, contestar los traslados que se le corran, interponer recursos contra sentencias definitivas y en general activar el procedimiento en la forma prevista por la ley. En estos casos no será necesario probar la culpa del abogado sino que bastará con la objetiva frustración del resultado esperado, consistente en los actos procesales que precluyeron por el no ejercicio en término de los mismos”. CCom. de Paraná, sala 2ª, 16-12-97, “C. de N., M. R. c/G., H. A. y otro”; ídem, 25-2-93, “G., E. c/P., M. O. y otro”; ver PITA, Enrique Máximo, “Jurisprudencia de la Provincia de Entre Ríos”, en *Revista de Derecho de Daños, 2005-I, Responsabilidad de*

Se basa esta interpretación que en tal caso -apoderado- la situación estaría regulada por las normas que dimanaban del contrato de mandato (arts. 1869 y s.s. del Código Civil de Vélez y arts. 1319 y s.s. del nuevo Código Civil y Comercial). Pues, específicamente en el Derecho argentino, se ha señalado que “pesa sobre el apoderado en sede judicial la diligencia activa del proceso, es decir, cumplir con las cargas procesales (asistir a las audiencias, instar el procedimiento, ofrecer las pruebas, etc.), teniendo en cuenta que en virtud del principio de la preclusión de los estadios procesales que impide retrotraer las etapas ya consumadas, las omisiones en que incurra no podrán ser nunca más subsanadas”⁷¹⁴.

Es decir que cuando el abogado asume la *representación* de su cliente actúa como *mandatario* (y, por ende: sujeto a las reglas del contrato de mandato). Y si interviene judicialmente tal representante o *apoderado* lo hará como “*procurador*”, debiendo sujetarse, al menos en Argentina, a la Ley nacional 10.996 (texto según Ley 22.892), que regula el Ejercicio de la Procuración. Dicha Ley -al igual que la Ley de la Provincia de Buenos Aires 5177- ha puesto a cargo del abogado procurador los deberes que recién mencionáramos: asistir a las audiencias; interponer los pertinentes recursos procesales; presentar y suscribir los escritos; activar el procedimiento; etc.⁷¹⁵.

Entonces, *según esta doctrina, la responsabilidad del abogado apoderado se configurará por la sola constatación del incumplimiento de estas reglas procesales, que se consideran obligaciones de fines*, como se dijo, sin que sea necesario acreditar la “culpa del profesional”, ya que ésta no estaría para nada en discusión⁷¹⁶. Dentro de esta postura también podríamos suscribir a quienes sostienen que todavía estamos en el plano subjetivo, siendo ello así, la culpa del profesional surgiría probada *in re ipsa*⁷¹⁷.

En cambio, si la prestación profesional judicial se realiza por medio del *simple patrocinio*, situación asimilable al *asesoramiento legal* y a la *defensa del imputado en sede penal*, estaríamos, según este parecer, en presencia de *obligaciones de medios*. Ergo, el abogado no garantiza el resultado de su gestión, y si ésta se viera frustrada sería necesario probar la culpa del profesional para que responda patrimonialmente frente a su cliente⁷¹⁸.

los profesionales del Derecho (abogados y escribanos), Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), *cit.*, págs. 476 y 477. En idéntico sentido se expiden numerosos Tribunales argentinos, pudiendo citarse estos casos: Cámara de Apelaciones de Río Grande, Sala Civil Comercial y del Trabajo, 12-04-2004, “Kenneth Duncan Mac-Kay Mac-Phee c/W., C. G.”, *La Ley Patagonia*, 2004, (octubre), 620; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala I, 09-02-1999, “S., O. c/C., C. A. y otro”, *La Ley Litoral*, 1999, 750; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 27-09-1999, “M., W. H. c/G., C. A.”, *La Ley*, 2000-E, 286 con nota de Javier Indalecio Barraza; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, 17-04-2006, “M., E. E. c/S., J. A.”, R. C. y S. 2007, II, 110; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 26-12-1991, “Pinheiro de Malerba L., Esther c/Nostro, Alicia N.”, *La Ley*, 1993-A, 64.

⁷¹⁴ GOLDENBERG, Isidoro H., *Indemnización por daños y perjuicios. Nuevos perfiles desde la óptica de la reparación*, Hammurabi, Bs. As., 1993, pág. 245. Igual lista de deberes, aunque considerados de otra perspectiva, puede verse en LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Tomo IV-B*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1980, n° 2834, pág. 155.

⁷¹⁵ TRIGO REPRESAS, Félix A., “Los distintos roles del abogado...”, *cit.*, pág. 82.

⁷¹⁶ Además de los citados, comulgan con tal parecer, LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, págs. 545 y s.s.; PETTIS, Christian R., “La caducidad de la instancia y la responsabilidad civil consecuente de los profesionales intervinientes”, *La Ley*, 2006-B, págs. 580 y s.s.

⁷¹⁷ Podemos citar un fallo que nos ilustra claramente lo que venimos sosteniendo. Así se ha resuelto que “En el caso existió la relación contractual de mandato entre ambas partes. Esta vinculación contractual está probada, por ello si el mandato existió, la culpa del profesional surge *in re ipsa* por la no promoción de la demanda en el plazo de la prescripción de la acción, omisión culposa que encuadra en el artículo 512 C.C.”, C1°CCMin. de Mendoza, 24-11-1994, “Araujo, Napoletano E. c/Rolando E. Carrizo s/Daños y perjuicios”, expte. 93.212, L. S. 152-414, fallo que nos proporciona GIANELLA, Carlos Horacio, “La Culpa. Provincia de Mendoza”, en *Revista de Derecho de Daños, 2009-I, La culpa -I*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, pág. 432.

⁷¹⁸ En tal sentido, “Cuando el abogado actúa como asesor o patrocinante la obligación que asume no es de resultado sino de medios. Sólo debe poner de su parte todos los conocimientos, diligencias, pericia, prudencia. O sea, una prestación idónea de sus servicios profesionales, en procura de triunfar en la litis, pero sin garantizar tal logro. A estos fines debe también tenerse en cuenta que en todo lo que hace a la actividad profesional del Derecho no existen siempre soluciones claras y únicas sino que la propia jurisprudencia y la doctrina ofrecen, a veces, más de una solución a la misma cuestión. Cuando sea entonces opinable o discutible la vía elegida en el caso por el abogado, desechando a otras posibles, debemos descartar -desde esta óptica- la presencia de culpa o negligencia. Ésta se configurará, por el contrario, cuando aparecen desconocidos los principios básicos de la ciencia jurídica, cuando se ha actuado con precipitación y falta de prudencia, aconsejando una solución o la iniciación de un proceso sin previa evaluación de las consecuencias posibles o del estado de la jurisprudencia o de la doctrina sobre el tema o cuando se han propiciado, en definitiva, vías o recursos manifiestamente

Debido a que no es mandante, ni, por lo tanto, representante de su cliente, en estas situaciones -patrocinio, asesoramiento y defensor penal- el letrado no responde de la falta de consecución del resultado de su prestación, ya que incluso le estaría vedado prometer el éxito de su función⁷¹⁹. Es decir, que al no garantizar el resultado, “él debe poner toda su diligencia, su ciencia y su prudencia para tratar de que su cliente obtenga el resultado favorable en la cuestión o proceso de que se trate... Debe limitarse a significarle si su derecho está o no amparado por la ley y cuáles son, en su caso, las probabilidades de éxito judicial: pero no debe darle una certeza que el mismo no puede tener”⁷²⁰.

En pocas palabras, si existe o contamos con un “poder de representación” -vg. poder general para juicios-, lo cual implicaría un mandato, la culpa del profesional se presumiría en el mejor de los casos o, directamente, estaríamos tratando de una responsabilidad de color objetiva, ello al son de la teoría de la obligación de resultado. Mientras que en los otros casos de actuación judicial, todavía estaríamos ante una obligación de medios siendo necesaria, en consecuencia, la prueba de la impericia profesional para que nazca su responsabilidad civil⁷²¹.

Consideramos que el tema, así presentado, merece un análisis más profundo para poder esclarecerlo totalmente. Ahora bien, dada nuestra pública enemistad con la binaria clasificación de las obligaciones en de medios y resultado, nos tendremos que valer de otros argumentos para salir de este aparente escollo que se presenta sobre todo en el Derecho argentino.

Por de pronto parece que en realidad estaríamos ante situaciones bien diferentes en cuanto a la actividad judicial del abogado. No creemos, empero, que estas diferencias radiquen solamente -o con exclusividad- en la forma del ejercicio profesional. Es decir que la diferencia esencial no reside en razón de la existencia o inexistencia del poder para juicios. Sería absurdo hacerle responder con mayor rigurosidad a aquel letrado que es diligente en su función y siempre requiere para el inicio de la misma un poder de representación. Si se interpreta la cuestión, acorde a que si existe o no un “poder” en la génesis del vínculo, caeríamos en la contradicción de exigir más al más diligente, favoreciendo aquellas actuaciones llevadas, acaso, con cierta promiscuidad. Nos oponemos rotundamente a esta interpretación⁷²².

inidóneos a los fines pretendidos por la parte que se patrocina”. CCCom. de Paraná, sala 2ª, 16-12-97, “C. de N., M. R. c/G., H. A. y otro”; ídem, 25-2-93, “G., E. c/P., M. O. y otro”; ver PITA, Enrique Máximo, “Jurisprudencia de la Provincia de Entre Ríos”, *cit.*, pág. 477. En idéntica posición se expiden casi todos los Tribunales argentinos, por ejemplo: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 13-03-1996, “R., H. D. c/C., D. A.”, *La Ley*, 1997-F, 938; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, 08-02-1990, “Cristal, Soc. en Com. Por Acces. c/Paterno, Ana M.”, *La Ley*, 1990-C, 76, D. J. 1990-2, 820; Cámara en lo Civil y Comercial, de Trabajo y Familia de Cruz del Eje, 27-03-1998, “Marcuzzi, Rolando O. c/P., J. E., suc. 1.”, *La Ley*, 1999-D, 793; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, 23-03-2005, “A., J. T. c/Uriarte, Susana L. y otros”, *D. J.*, 2005-2, 498; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, 20-10-2004, “Zapana, Leucadio c/L., C. G. y otro”, *D. J.*, 2004-3, 1329; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, 15-06-1995, “Aguerrondo, María Inés c/Blanco, Gerardo”, *La Ley*, 1996-A, 15; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 26-12-1991, “Pinheiro de Malerba L., Esther c/Nostro, Alicia N.”, *La Ley*, 1993-A, 64; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 09-05-1986, “Municipalidad de la Capital c/E. J. R.”, *La Ley*, 1986-D, 533, *D. J.*, 1987-1, 102. Tales sentencias están agrupadas por PREVOT, Juan Manuel, *ob. cit.*, n° 1989 y s.s., págs. 449 y s.s.

⁷¹⁹ Resalta esta prohibición, entre otros, LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *ob. cit.*, pág. 546, cuando cita una disposición del Código de Ética del Colegio Público de Buenos Aires, que reza que el abogado no podrá respecto de su cliente, entre otras ‘cosas’, “garantizarle el buen resultado de su gestión profesional”. El mentado y estimado autor afirma que la obligación del patrocinante es de medios en razón que el Derecho no es una ciencia exacta y que la decisión final escapa al profesional liberal, puesto que está en manos del juez. Ya tratamos estas cuestiones, cuando analizamos los móviles, motivos o fundamentos que la doctrina tenía en consideración para determinar si una obligación era de medios o fines, lugar a donde remitimos en honor a la brevedad.

⁷²⁰ Conf. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General...*, *ob. cit.*, pág. 443.

⁷²¹ Por ejemplo, se ha afirmado que “la responsabilidad civil abogadil (es) siempre subjetiva a título de culpa y como obligación de medios, salvo supuestos muy puntuales donde indubitadamente por su propia definición, como es la presentación oportuna de escritos o la asistencia a actos procesales (que) reviste el carácter de responsabilidad civil objetiva”, conf. SCHWARZBERG, Carlos, PENNINO, Luis, “Responsabilidad civil del abogado”, *RCyS*, 2009-VII, págs. 28 y s.s. Lo escrito entre paréntesis es nuestro.

⁷²² No está de más citar aquí una disposición de las “nuevas” Reglas de Ética Profesional dictadas por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, ratificadas por su Asamblea en marzo de 2006. Nos referimos al artículo 48 de las citadas Reglas que nos ilustra sobre el “Ejercicio de la procuración”, diciendo que “No sólo está permitido el ejercicio simultáneo de la abogacía y la procuración, sino que es en muchos casos aconsejable que tal acumulación se produzca porque determinará una más eficaz y menos costosa defensa del litigante”.

En verdad la diferenciación que estableció la doctrina en forma mayoritaria no estriba en lo que ellos proclaman, es decir en la forma del ejercicio profesional. La razón del supuesto diferente trato se fundamenta, en nuestro humilde parecer, en *distintas transgresiones normativas*. Así, se le imputa al abogado “procurador” frente a casos de *incumplimientos de “cargas procesales”*, desatendiendo otras posibles violaciones profesionales, como ser la *frustración misma de la posición jurídica defendida por éste*⁷²³ -es decir, la “prestación principal” a cargo del letrado, la cuestión de “fondo” si se quiere-. En cuanto a esta última potencial transgresión, apuntamos que el abogado procurador o apoderado responde en los mismos términos que el patrocinante, asesor o defensor penal.

Con semejante parecer, podemos citar un fallo -que compartimos plenamente- en el cual se determina que el profesional que actúa como apoderado y suscribe junto al letrado patrocinante la demanda que motiva la acción de mala praxis “es responsable por el asesoramiento profesional erróneo”⁷²⁴.

Aún podemos extender nuestro *pensamiento “asimilador”*. En efecto, en cuanto al despliegue solutorio del deudor profesional, no encontramos razón alguna como para justificar una diferenciación en el trato según se actúe como apoderado o como patrocinante⁷²⁵. Por ello pensamos que tanto el patrocinante, cuanto el asesor técnico legal, como el defensor penal, han de responder civilmente con el mismo alcance que el abogado procurador⁷²⁶. Es decir *que también podrán responder por violaciones de cargas*

⁷²³ Con esta inteligencia se ha remarcado en México que el “procurador”, al estar investido con un mandato judicial para intervenir directamente en el proceso representando a su cliente, su responsabilidad es de doble naturaleza: la del litigante propiamente dicho y la responsabilidad derivada de la diligencia en el desempeño del mandato que el cliente le ha conferido. “En el primer caso no se trata de una inmediata intervención técnica en el proceso, sino que el abogado actúa en el papel de consejero de su cliente. El oficio de procurador, en cambio, no es aconsejar al cliente sino intervenir personalmente en el proceso o en el juicio respectivo, tomando el lugar de su representado. Asesoría por una parte y representación por la otra”, conf. GALINGO GARFIA, Ignacio, “El abogado litigante...”, *cit.*, pág. 77. Como se observa con nitidez, tiene mayor parentesco el concepto y función del “procurador” mexicano con el argentino, que con el procurador español.

⁷²⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 26-08-2005, “Veliz, Sofía Delia c/C., P. B. y otros”, R. C. y S., 2006-4, 81, J. A., 2005-4, 14. Tal sentencia obra también en PREVOT, Juan Manuel, *ob. cit.*, n° 2066, pág. 465. Debemos señalar que en tal resolución se hace mención a la tan renegada categoría de las obligaciones de medios y resultado, ello para recalcar que si bien el mandatario está obligado a prestaciones de resultado en cuanto a los actos procesales que debe cumplir, pesa además sobre él una evidente responsabilidad en lo que atañe a la dirección jurídica del litigio. Como se observa compartimos plenamente esta solución, pudiéndose llegar a la misma sin recurrir a la artificiosa clasificación binaria de obligaciones y sin distinguir la eventual responsabilidad del abogado procurador respecto del abogado patrocinante.

⁷²⁵ En este orden de ideas se ha señalado hace más de setenta años que “No es que el procurador esté exento cuando se perime la instancia, sino que no es excluyente su responsabilidad, porque también concurre la negligencia del letrado, que es -éticamente, y por eso ha de serlo civilmente- el verdadero responsable ante el cliente, pues ha sido el depositario de su fe”, DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, “Responsabilidad del abogado que deja perimir la instancia”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1945-I, pág. 489. Es decir que este autor ya establecía una asimilación en el trato brindado al abogado patrocinante respecto del apoderado -procurador-. De hecho, realiza un comentario negativo de la sentencia emanada de la Cámara Civil 2ª de la Capital (causa E. F. E. y otra vs. V., C. M. y otro, de fecha 7 de noviembre de 1944, publicado en J.A., 1945-I, pág. 482 y s.s.) que resolvió que el letrado patrocinante no es responsable por la perención de instancia operada, pues no le corresponde la vigilancia de los términos procesales.

⁷²⁶ En una posición parecida debemos citar a LLAMBÍAS quien señaló que el procurador o apoderado judicial se encuentra en la misma situación que el abogado en cuanto al modo de establecer su responsabilidad y de fijar la cuantía de la indemnización que le debe a su mandante. También precisó, y con buen criterio, que “es idéntica la responsabilidad del procurador que carece de título de abogado, a la del abogado que desempeña función de procurador, o de quien actúa en el doble carácter de letrado-apoderado”, conf. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Tomo IV-B*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1980, n° 2835, págs. 156 y 157. Debemos aclarar, otra vez, que esta cuestión se presenta en el Derecho argentino, pues en el ordenamiento español la figura del “procurador” es distinta a la del abogado, mientras que en Argentina la regla es que una misma persona realice ambas funciones, es decir actúe en el doble carácter.

"
procesales⁷²⁷, pues estas formas de actuación significan la "dirección" del proceso, dirección de la cual no puede desatenderse un profesional diligente⁷²⁸.

En tal sentido se ha señalado que "la misión del abogado patrocinante no puede ser solamente la de preparar los escritos que necesariamente deban contar con su firma, sino que el patrocinio implica asimismo asumir la plena dirección jurídica del proceso y el cabal cumplimiento de los deberes que ello comporta y el empleo de toda su diligencia para conducirlo de la mejor manera posible hasta su terminación, esto es: actividad, celo en el desarrollo de la causa, vigilancia sobre el procurador, si lo hubiere, y sobre la forma en que se ejecuten los actos procesales"⁷²⁹.

Con más énfasis se ha resuelto que la función del letrado patrocinante -salvo pacto en contrario- no se limita al asesoramiento al cliente y preparación de escritos, "ya que le corresponde el cabal cumplimiento de las obligaciones, cargas y deberes que la conducción técnica o dirección que el proceso judicial impone, no pudiendo desentenderse del trámite de la causa cuyo abandono llevaría al estado de indefensión de la parte que patrocina"⁷³⁰.

En esta línea de pensamiento se enrola parte de la jurisprudencia argentina de nuestros días, como resulta de las citas que anotamos recién. Además, es digno de remarcar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina tomó carta en el asunto y sentenció que era improcedente eximir de responsabilidad al letrado patrocinante por el daño ocasionado a raíz de la declaración de la caducidad de instancia, pues su misión "no se restringe a la preparación de escritos, sino que debe asumir la plena dirección jurídica del proceso con el empleo de la diligencia requerida por las circunstancias para conducirlo de la mejor manera posible hasta su finalización"⁷³¹.

Por supuesto que si debido a la *culpa* o al *hecho* del cliente⁷³², el letrado patrocinante se encuentra imposibilitado de presentar algún escrito de trascendencia -vg. interponer un recurso-, esa circunstancia, totalmente ajena al profesional, debidamente probada⁷³³, tendrá

⁷²⁷ En cuanto a la responsabilidad que le corresponde al patrocinante por la caducidad de instancia operada y su fundamento jurídico, podemos citar estos precedentes, además del fallo de la Corte de la Nación que transcribimos más adelante en el texto: "No se explica que esa dirección técnico-jurídica al justiciable pudiera ejercerse sin la supervisión del litigio en que interviene, en cuya omisión ha de verse culpa del patrocinante, en sentido lato (arts. 512 del Cód. Civ., 230 de la Ley 5177). Es así obligatorio al abogado impedir la caducidad de la instancia de su cliente, y esa obligación le viene impuesta, antes que por el contrato, por las normas de su ejercicio profesional, por las reglas de su arte y por los dispositivos generales del ordenamiento civil (arts. 512, 625, 902, 1198 y concs. del Cód. Civ.)", CCCom. de San Isidro, Sala 2, 05-12-2000, "Rodríguez c/Galati", www.casi.com.ar, resolución que compila MEDINA, Graciela - GARCÍA SANTAS, Carlos, "La Culpa. Provincia de Buenos Aires", en *Revista de Derecho de Daños, 2009-1, La culpa -I*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, págs. 352 *in fine* y 353. En igual sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, 26-03-2003, "Vitale, Roberto Juan c/V., A. H.", *La Ley*, 2003-D, 409 y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, 16-08-2001, "Zuffo, Magdalena B. c/M. P., D. H.", *R. C. y S.*, 2001-5, 93, *R. C. y S.*, 2001, 895, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 25-10-2004, "Arozamena, María c/Burgueño, Enrique A.", *La Ley* del 03-06-2005, 8. Tales sentencias también están compiladas por PREVOT, Juan Manuel, *ob. cit.*, n° 2036, 2037 y 2073, págs. 458 y 466.

⁷²⁸ Con criterio parecido, ver PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, T. III, Sujetos del Proceso*, 5ª reimp., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, n° 243 a), pág. 171.

⁷²⁹ Conf. TRIGO REPRESAS, *ob. cit.*, pág. 148. También ver en su artículo titulado "Los distintos roles del abogado...", *cit.*, pág. 84. No obstante tal reconocido jurista remarca -en este último trabajo- que de todos modos, siendo ello así, "resulta claro entonces que el incumplimiento no se configura por la sola circunstancia de la no obtención del fin perseguido y esperado, puesto que la obligación asumida era de medios... Por lo que en estos casos corresponderá a quien pretenda del abogado una indemnización, la demostración de que la frustración del éxito esperado se produjo por 'culpa' del profesional".

⁷³⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 24-05-2005, R., A. E. y otro c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, *La Ley* del 09/12/2005, pág. 7. Puede verse, además, en DIEGUES, Jorge Alberto, "Responsabilidad del Abogado", *RCyS*, 2009-XI, 210, caso 5.

⁷³¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27-06-2002, "Di Benedetto, Diego F. c/C., F.", *La Ley*, 2002-F, 435, *D. J.*, 2002-3, 452, *E. D.*, 200, 272.

⁷³² Al respecto dice el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina que "La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial", conforme a su art. 1729.

⁷³³ Entendemos que cualquier medio de prueba es apta para acreditar tal dato. Puede ser un documento, una prueba testimonial -con los cuidados que hay tener de ésta-, una confesional, presunciones -por ejemplo, si el cliente se encontraba de viaje-, etc. También constituye una defensa válida del abogado la renuncia que debe hacerla por escrito ante el Juzgado interviniente, por más que cierta práctica foránea errónea no admita la renuncia del patrocinio. Dicho sea paso, en un caso se resolvió que el abogado que pretende eximirse de responsabilidad por la declaración de la caducidad de instancia operada, con fundamento en la falta de

la virtualidad para eximirlo de responsabilidad⁷³⁴. Para nosotros tal situación rompería o destruiría, incluso, el nexo de causalidad necesario -causalidad adecuada- puesto que configuraría un caso de culpa o hecho de la víctima, no pudiendo responsabilizarse al sindicado letrado⁷³⁵.

Si acaso el cliente del abogado patrocinante reconociere o confesare que por su culpa (o *hecho*) el profesional no pudo presentar ciertos escritos que necesariamente deben contar con su firma (el abogado no “puede” ni debe falsificar la firma de su patrocinado, práctica “común” -pero no normal- en nuestro foro que configura una falta ética y un ilícito), dicha circunstancia es más que suficiente para eximirle de responsabilidad -conf. art. 1111 del Código Civil de Vélez y art. 1729 del nuevo Código Civil y Comercial-.

En este sentido se ha resuelto -correctamente según nuestro entender- que “Es improcedente la demanda de daños y perjuicios iniciada contra un abogado por el daño producido al cliente con motivo de la perención de instancia declarada en el expediente en el cual actuó como patrocinante, toda vez que el actor reconoció su propia inactividad como causal de la perención, lo cual configura una conducta exculpatoria de entidad para liberar al profesional”⁷³⁶.

2.9.1. La “supuesta” obligación del letrado de recurrir las sentencias adversas al interés de su cliente.

Debido a que estamos en este punto, es digno de mencionar al tema referido a la *supuesta obligación que posee el letrado de recurrir* todas las sentencias adversas al interés defendido por él⁷³⁷.

concurrencia del cliente para firmar un escrito -puesto que era patrocinante- debe acreditar su falta de culpa, “ya que si no podía cumplir fielmente su deber profesional en razón de la supuesta falta de colaboración, un actuar diligente imponía tratar de resguardar su propia responsabilidad, renunciando por escrito en el expediente o por comunicación fehaciente al actor que asuma su defensa por medio de otro profesional en tiempo oportuno”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, 30-05-2006, “Delgado, Tomás V. c/Andreatta, Norberto”, La Ley Buenos Aires 2006, 1369, fallo recopilado por PREVOT, Juan Manuel, *ob. cit.*, n° 2019, pág. 454. Compartimos tal solución, ante todo porque estamos en presencia de una caducidad de instancia operada, lo que supone que el letrado tenía tiempo más que suficiente para haber realizado lo que el Tribunal le imputa: su renuncia por escrito o la comunicación real a su cliente. En otros casos, con plazos más breves -vg. el planteo de un recurso-, estimamos que cualquier medio de prueba es atendible para acreditar una eximente como la tratada.

⁷³⁴ Así se ha resuelto en un caso en donde se resaltó que la obligación del letrado patrocinante que debe realizar actos procesales para los cuales cuenta con plazos breves y necesita la firma del cliente “no debe necesariamente encuadrarse como de resultado -en el caso se frustró la interposición de una apelación ante la tardía concurrencia del cliente a firmar el escrito- pues depende del hecho del otro contratante”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, 05-12-2000, “Di Benedetto, diego F. c/C., F.”, *La Ley*, 2001-D, 139. Ver en: PREVOT, Juan Manuel, *ob. cit.*, n° 1994, pág. 450. Compartimos la solución arribada, pero no los fundamentos por los cuales se llega a la misma. Es decir, estamos conformes con el *resultado*, pero no con los *medios* por los que se obtiene el mismo, justamente por no convencernos la doctrina que divide a las obligaciones de esa forma. En nuestra tesitura, siempre debemos tener presente todas las circunstancias que son relevantes a los fines de determinar si corresponde, o no, responsabilizar al abogado demandado, y no valernos de prejuicios deformantes de la rica realidad.

⁷³⁵ Ciertamente autor entiende que si bien existen diferencias entre el letrado patrocinante y el apoderado, la cuestión se debe considerar en cada caso en particular, resaltando que en el caso del letrado patrocinante el actor actúa por derecho propio y suscribe los escritos junto con el profesional de tal forma que es necesario analizar el rol y la función de la parte puesto que el cliente en tal caso juega un papel fundamental. Así las cosas, entiende que el nivel intelectual y cultural del cliente -vg. si estamos ante un simple lego, o por el contrario frente una empresa- es fundamental respecto de la responsabilidad que le correspondería al profesional (a menor recurso intelectual o cultural del cliente habrá mayor responsabilidad del profesional del Derecho). En cambio, el abogado apoderado asume las decisiones, tanto las jurídicas como las determinantes en cuanto al direccionamiento del “contenido” del pleito -siempre dentro de las instrucciones recibidas-. Tal postura fue sostenida por GHERSI, Carlos, “La responsabilidad del abogado. Diferencia entre patrocinante y apoderado. El rol y función de la parte”, en *La Ley*, 2008-E, pág. 686.

⁷³⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, 25/03/2008, A., R. M. c. V. M., M. de los A., RCyS, 2008, 1105. Puede verse, además, en DIEGUES, Jorge Alberto, “Responsabilidad del Abogado”, RCyS, 2009-XI, 210, caso 17.

⁷³⁷ Merece acotar aquí que son abundantes los casos en los cuales se responsabiliza a los profesionales del Derecho por no interponer los pertinentes recursos. Hasta tal punto llenan los repertorios jurisprudenciales asuntos de esta naturaleza que junto a los supuestos de caducidad de instancia -que a veces conllevan la prescripción de la acción- constituyen los asuntos más comunes de mala práctica *forense*. Ello es predicable tanto de Argentina cuanto de España, cuanto de muchos otros países. Hablando de España ya señalamos al principio de esta tesis que en algunas ocasiones se responsabiliza al abogado por la no interposición de recursos y en otras el peso de la ley recae sobre el procurador. Pueden verse en este sentido y que gráficamente nos ilustran sobre la cantidad que mencionáramos, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo. Por ejemplo,

En este orden de cosas, también *se señaló que el apoderado debe siempre recurrir, situación distinta, se sostiene, a la del patrocinante*⁷³⁸. Es decir que para ciertos autores puede nacer la responsabilidad civil del abogado procurador por el sólo hecho de no recurrir una sentencia desfavorable para su cliente. Incluso esta corriente fundamenta su posición en la Ley misma, puesto que tanto a nivel nacional cuanto en la Provincia de Buenos Aires, por ejemplo, la Ley impone al abogado apoderado -procurador- la obligación de recurrir contra toda sentencia definitiva adversa a su parte y contra toda regulación de honorarios que corresponda abonar a la misma.

Nosotros estimamos que establecer esta interpretación constituye una forma sencilla para no indagar a fondo la cuestión y responsabilizar, así, a quien no lo merece o, *mutatis mutandis*, eximirle a quien sí amerita brindar respuesta económica frente a su cliente.

Una atemperación de esta doctrina determina que el abogado -máxime si éste es apoderado- tiene la obligación de recurrir pero sólo ante las *instancias ordinarias*, es decir que no se le exige que plantee recursos extraordinarios⁷³⁹. Tal tendencia se está acercando a la solución que estimamos como justa, pero no la alcanza. Es que hacer distinciones binarias parece que siempre fue un vicio de nuestra doctrina para consumo compulsivo de los jueces.

Nuestra postura consiste en hacer un análisis del caso. Veamos, entonces, la especialidad o singularidad del proceso en el cual supuestamente debe el profesional recurrir la sentencia adversa. Indaguemos la situación personal de los implicados en el asunto - profesional y cliente de ambas partes-. Por último, comparemos el actuar debido con el llevado a cabo en la emergencia por el profesional del Derecho. Desechemos, en pocas palabras, los prejuicios, que normalmente vienen en pares, deformantes de la rica realidad.

Estimamos, bajo esta óptica, que el abogado no tiene la obligación de recurrir "siempre", criterio diferente de lo afirmado por una importante corriente doctrinaria con la que deploramos, otra vez, disentir.

En efecto, podríamos válidamente afirmar que la opinión generalizada entiende que pesa sobre el profesional del Derecho el deber -o la obligación, en sentido estricto- de no dejar firme una resolución que perjudique la posición de su cliente. Esta premisa, así sentada, es predicable por muchos autores tanto para el abogado apoderado (procurador) cuanto para el patrocinante judicial, aunque con mayor énfasis para el primero⁷⁴⁰.

responsabilizan al *abogado* por no interponer recursos las STS (Sala I) de 25 de junio de 1998 (RJ 1998, 5013); 26 de enero de 1999 (RJ 1999, 323); 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3914); 8 de julio de 2003 (RJ 2003, 4613); 28 de enero de 2005 (RJ 2005, 1830). Es digno resaltar que todos los casos se refieren a la presentación extemporánea del recurso de "casación" para unificación de doctrina (la STS de 26 de enero de 1999 es por no interponer el recurso extraordinario de revisión), cuestión hartamente opinable según veremos enseguida. Y determinan condenar al *procurador* por dicha omisión las STS (Sala I) de 20 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3793); 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871); 7 de abril de 2003 (RJ 2003, 3003). Por último, hasta tal punto tiene relevancia este tema de la no interposición de recursos (o interposición extemporánea, o declarar desierto el mismo, etc.) que incluso se habla en España de un tipo especial de perjuicio, por ejemplo el daño denominado "privación del derecho a acceder a los recursos", según puede leerse en STS del 25 de junio de 1998 citada, o "vulneración del derecho de acceso al recurso" (que generaría un daño moral indirecto), como señala la STS del 8 de julio de 2003 también citada, o "privación del derecho al recurso" (el cual genera un daño moral), según expresa la STS del 20 de mayo de 1996. El tema vinculado al daño por el que debe responder el abogado imperito lo analizaremos más adelante; mientras que las diferencias que existen entre el abogado y el procurador remitimos a las notas y citas de sentencias más recientes que obran al principio de esta tesis para evitar reiteraciones inútiles.

⁷³⁸ Por ejemplo, se ha señalado que no corresponde "responsabilizar al abogado patrocinante en un pleito por la falta de apelación de una sentencia adversa, que es un deber del procurador que ejerce la representación del patrocinado por aquél, a menos que ello sea el resultado de una instrucción del abogado que es quien dirige el pleito", conf. LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Tomo IV-B*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1980, n° 2830, págs. 141 y 152.

⁷³⁹ En esta postura podemos enrolar a MOSSET ITURRASPE, Jorge "Las chances. Responsabilidad del abogado", en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 87. Allí el querido profesor santafesino nos expresa que la garantía constitucional de la "doble instancia" debe tenerse muy presente por los curiales, y salvo instrucciones precisas -luego de una información adecuada- el abogado actuante debe agotar dichas instancias, interponiendo los pertinentes recursos "ordinarios", no estando, por ende, obligado a recurrir ante sedes extraordinarias -Corte local o nacional-.

⁷⁴⁰ En otro orden de cosas, es interesante reiterar aquí que existen casos resueltos por el Tribunal Supremo español en donde se responsabiliza al letrado atribuyéndole negligencia profesional en la interposición del "recurso de casación" para lograr unificar la doctrina. Al respecto puede verse, además de las resoluciones

Nosotros criticamos tal postura, pues participamos de la idea que imponer esa obligación apriorística al abogado implica desconfiar de la Justicia de Grado o de Primera Instancia e incluso de algunas superiores. Además de esta forma sólo se logra que las Cámaras de Apelaciones, Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores o Cortes Supremas o de Casación, se encuentren absolutamente colapsadas con expedientes que no tienen razón jurídica para llegar a esas instancias.

Además, creemos que sobre el letrado no pesa la obligación de recurrir siempre, puesto que muchas veces el fundamento para litigar se encuentra inexistente después de la sentencia de Grado -con todas las pruebas ya producidas-, debiendo el abogado, antes que recurrir todo, abstenerse de seguir “luchando” sin sentido ante los superiores, a sabiendas que una resolución desfavorable también acaecerá inexorablemente. ¿No constituía una obligación fundamental del abogado evitar la litigiosidad? ¿Ella no abarca la de no seguir en contienda desconociendo una situación adversa clara? ¿Acaso no está impidiendo, así, la realización de la Justicia -“virtud” que también la otra parte reclama-⁷⁴¹?

Por cierto que cualquiera que haya litigado alguna vez, sabe a ciencia cierta que hay un abuso en el uso “abogadil” de los recursos procesales -de toda índole-, y que éste es uno de los males más significativos que sufre la Administración de Justicia de nuestros días.

Pero nuestra posición no va a quedar así, con tantas incertidumbres como la que intentamos refutar. En nuestro parecer es indispensable que el juez, a la hora de dictaminar sobre una probable mala práctica profesional del abogado por no recurrir una sentencia desfavorable para su cliente, indague sobre estos puntos, a saber: si tenía el letrado instrucciones precisas de su cliente de recurrir, o de lo contrario: no recurrir⁷⁴²; si le asistía en el caso el “derecho a recurrir” y no tan sólo el mero “derecho de recurrir”, esto es si gozaba

citadas anteriormente, la STS número 633/2005, del 14 de junio de 2005 (RJ 2005, 6532) en donde se condena al letrado por el rechazo producido al recurso de casación por él planteado, desestimación que se debió a un defecto formal en su planteamiento, imputable a tal letrado, máxime por tratarse de un especialista en la materia que tenía un libro publicado sobre la cuestión -requisitos que se exige para la admisibilidad del recurso de casación para unificación de doctrina-. En tal caso el Tribunal Supremo aprecia la existencia de culpa contractual en el comportamiento del letrado sindicado como responsable, fijando la indemnización, no en la valoración del hipotético daño sufrido al no llegar a obtener sentencia favorable a sus intereses por la resolución del fondo del asunto -resultado incierto-, sino en el “daño moral sufrido por la pérdida de la oportunidad procesal” que comporta la posibilidad legal de acudir a una instancia superior para mantener determinadas pretensiones que se consideran de justicia. Por supuesto que no compartimos esta tesis del alto Tribunal de Justicia español. De hecho, es digno de remarcar que ese mismo día, 14 de junio de 2005, el mismísimo Tribunal Supremo dicta otra resolución, sentencia 552/2005 (RJ 2005, 6701), en la cual ante idéntica situación fáctica no da -o no hace- lugar al recurso interpuesto por razones meramente formales (tema que también menciona en la otra sentencia), sobreseyendo de esta manera al letrado pertinente. Es decir que en el mismo día se dictaron dos sentencias diametralmente opuestas, una suponiendo defender una responsabilidad *quasi* objetiva del abogado, responsabilizándolo por el sólo hecho de la inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina; la otra, como vimos, frente a idéntico sustrato fáctico, desestimando el recurso y confirmando, por ende, la sentencia de la Audiencia y del Juzgado de instancia que favorecían al letrado demandado. Puede verse el comentario de estas sentencias en RUBIO TORRANO, Enrique, “Responsabilidad civil del abogado”, en *Aranzadi Civil*, 2005, vol. II, tomo XIV, págs. 2038 y s.s. Dicho autor finiquita su comentario diciendo que habrá que esperar a futuros pronunciamientos del Tribunal Supremo para comprobar cuál de las dos líneas expuestas en esas dos resoluciones acaba por imponerse.

⁷⁴¹ Con esta inteligencia han resuelto Tribunales españoles que “Tampoco se demuestra la culpa del Abogado en la *SAP de Ciudad Real de 2 de marzo de 1998* (AC 1998, 3817), por no formular recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo. La Sala considera correcta la conducta del profesional, pues la inexistencia de precedente de sentencia favorable a sus pretensiones sirve de base para pensar que no podría haber una modificación de la doctrina ya consolidada... Otro supuesto en el que no se aprecia la responsabilidad del Abogado es el de la *SAP de Badajoz de 3 de septiembre de 1996* (AC 1996, 1469). En este caso se ataca la negligencia del Abogado que no formula un recurso dentro de plazo. El recurso estaba perdido de antemano y se advirtió de ello al cliente, pero se le informó de la conveniencia de interponerlo para ganar tiempo y poder seguir explotando el negocio objeto del litigio. La Sala considera que ‘... si la parte era conocedora de la inexistencia de razón en el recurso, el derecho le exigía, al margen de la actividad o inactividad del letrado demandado, no prolongar el proceso; su continuación pese a dicha inexistencia de razón no puede generar para quien actúa en tal forma aprovechamiento o ventaja. En definitiva, no se aprecia relación o nexo causal legítimo entre los daños y perjuicios que se dicen y la no formulación del recurso’ (*F. 1º*)”, conf. CASADO DÍAZ, Susana, “Jurisprudencia relativa a la responsabilidad civil de los Abogados (1996-1998)”, *Aranzadi Civil*, 1999, vol. II, Tomo VIII, págs. 1783 y 1785, respectivamente.

⁷⁴² Entendemos que si el profesional del Derecho recurre una sentencia desfavorable a los intereses de su cliente, pero desoyendo al mismo, podría incurrir en responsabilidad por los gastos -costas procesales- que esta nueva instancia conlleva en caso de resultar vencido.

de alguna posibilidad jurídica “razonable” de cambiar el decisorio adverso⁷⁴³, dicho en otros términos: si el remedio procesal hubiera tenido “color”⁷⁴⁴, ser audible, o “merecer estimación porque se abastecería de fundamentos *procedentes*, demostración *suficiente* y que serían acogidos modificando el sentido del pronunciamiento”⁷⁴⁵; si existían precedentes de instancias superiores que hubieran confirmado la sentencia que se pretendía poner en crisis⁷⁴⁶; si las pruebas ya producidas no hacían otra cosa que darle la razón a la contraparte; si, acaso, no era más aconsejable llegar a un acuerdo conciliador, en lugar de seguir la controversia con una resolución en contra; si la sentencia que se pretende recurrir está bien fundada en derecho y, ergo, carente de posibilidad de modificarse por infracciones jurídicas *-quaestio iuris-*; si por circunstancias especiales no era más redituable económicamente reconocer el derecho de su contrincante en esa etapa, sin acudir a otros estadios procesales y jurisdiccionales más costosos; evaluar el posible arreglo en cuanto al monto a abonar por costas y gastos causídicos; etcétera⁷⁴⁷.

⁷⁴³ En una resolución se estimó que independientemente de la actuación negligente del abogado, si en el caso “resulta evidente que la suerte de la apelación interpuesta contra la sentencia ya estaba echada, la omisión de la expresión de agravios evitó hacer incurrir a sus mandantes en mayores erogaciones”, conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 14-10-1996, “Nedich, Horacio J. y otro c/Gomar, Eker F. y otro, fallo agrupado por PREVOT, Juan Manuel, *ob. cit.*, n° 2055, pág. 462. No debemos olvidar que para que el letrado responda civilmente hace falta la configuración de *todos los requisitos de responsabilidad*, a saber: acción antijurídica (antijuridicidad que hoy presume el nuevo Código argentino ante la presencia de un daño no justificado -art. 1717-), imputabilidad, relación de causalidad y daño. Claro que en este caso precisamente estos últimos dos “elementos” no estaban presentes, lo que motivó el rechazo de la demanda contra el profesional del Derecho. En esta misma senda se ha resuelto que “No hay responsabilidad si no existe daño. Si bien es cierto que la pérdida del recurso de apelación por no haberse expresado agravios puede constituir -en hipótesis- un obrar antijurídico, no se puede derivar de allí, sin más, la existencia de una dañina pérdida de una chance o probabilidad de obtener un beneficio o impedir una pérdida. Lo que debe en tal caso demostrarse es la existencia de una chance cierta de modificar lo resuelto en el pronunciamiento apelado dictado y que esa chance se perdió por haberse frustrado la apelación”, conf. Cám. Civ. y Com. de Concordia, Entre Ríos, sala I, 12-10-2005, “F., D. E. c/P., E. R. s/Sumario”, fallo que puede verse en PITA, Enrique Máximo y RAMÍREZ AMABLE, Valentina, “Las chances. Provincia de Entre Ríos”, *cit.*, pág. 489.

⁷⁴⁴ Con el mismo parecer -tratando sobre la ineludible presencia del requisito de la relación de causalidad cuando la conducta culposa del letrado consiste en “no apelar” una sentencia que hubiera sido confirmada de cualquier modo- se ha señalado que “el juez siempre deberá realizar un juicio de aproximación sobre las posibilidades de éxito; el llamado *fumus boni iuris*; si éste no existe, la demanda deberá ser rechazada”, conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, pág. 721.

⁷⁴⁵ Conf. MORELLO, Augusto M., “La responsabilidad civil del abogado. Perspectivas modernas desde la óptica procesal” en *Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, pág. 31. También señala el citado autor que el abogado, aunque se trate de un especialista en la materia, no puede prometer siquiera el juicio de “admisibilidad” (menos aún su procedencia o atendibilidad en mérito) del recurso extraordinario, configurándose dicha obligación como “de medios”, *art. cit.*, págs. 33 y 34. Si bien no compartimos la dual clasificación obligacional, estimamos acertadas sus acotaciones sobre el tema que nos ocupa. Además, y confirmando esta postura, el mentado jurista platense nos cita en su trabajo un fallo en el que se rechazó la pretensión contra el profesional si de toda suerte el recurso hubiera sido infértil para conmovir al decisorio de Primer Grado, Cám. Nac. Civ., Sala D., 03-08-2002, “B., J. R. c/P., A. F. y otro”, publicado en *J.A.*, 2002-IV, pág. 3. Otra vez recordemos los requisitos que son de presencia ineludible para responsabilizar al letrado, en especial el daño -en particular la “pérdida de chances”-, y la relación de causalidad adecuada que debe mediar entre el comportamiento imperito del abogado y el daño generado a su cliente. Pues, en los casos en los cuales la interposición de los recursos (ya ordinarios, y con mayor razón los extraordinarios) no tenían posibilidades de modificar el decisorio, estos mentados requisitos brillarían por su ausencia.

⁷⁴⁶ Un interesante precedente estimó que para verificar la existencia del perjuicio debe valorarse si el damnificado estaba ubicado frente a la “chance” misma, es decir si llegó a emplazarse en una situación idónea para hacerse de la ganancia o evitar la pérdida. “La valoración de esa ‘chance’ ha de consistir en la ponderación del mayor o menor grado de probabilidades que tenía el actor de ganar el juicio, *para lo cual habrán de tenerse en cuenta los principios que hubiese aplicado esta Cámara en caso de haberse apelado -en término- la sentencia, y en función de ello examinar qué posibilidades concretas y razonables de éxito hubiera tenido ese recurso de apelación*”, C. 1era. Civil y Comercial, Mar del Plata, Sala II, 06/02/2003, “Sendra, Roberto Esteban c. Crespo, Raúl Francisco s/Daños y perjuicios”, publicado en MEDINA, Graciela y GARCÍA SANTAS, Carlos “Las chances. Provincia de Buenos Aires”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, págs. 318 *in fine* y 319. La cursiva es nuestra. Por supuesto que en este caso singular puede haber existido “impericia” del profesional al no haber presentado en “término” el recurso en cuestión, pero de todas formas no se debe soslayar del análisis el principio rector de la responsabilidad civil: el probable perjuicio ocasionado. En el caso, estamos hablando sobre la “pérdida de la chance”, daño bastante particular en las responsabilidades profesionales, para cuya ponderación tomamos partida, en nuestro ámbito específico, por el procedimiento denominado “juicio sobre el juicio”, tal como se constatará en el capítulo cuarto, 2ª parte, de esta tesis.

⁷⁴⁷ Uno de los pocos autores que comulga con nuestro casi solitario parecer, dijo que “En el caso particular del abogado que no apela de una decisión adversa de su cliente se deberán tener en cuenta naturalmente las circunstancias del caso, que hubieran hecho aconsejable una conducta de esta naturaleza, como por ejemplo la probabilidad más o menos fundada de una confirmación de la decisión por el órgano jurisdiccional de alzada, la posibilidad de una transacción con la vencedora a corto plazo, etcétera.”, conf. ANDORNO, Luis O., “La

Por otro lado, también podrán ser reveladoras de la *culpa del profesional* algunas situaciones como las siguientes: cuando el profesional del Derecho recurra una resolución y luego no sostenga dicho recurso o no presente el respectivo memorial de agravios, declarándose desierto el mismo; o que interponga el mentado recurso o sus agravios en una Secretaría -o Juzgado, o Sala- distinta de aquella que corresponda⁷⁴⁸; o lo interponga -ya el escrito del recurso, ya su memorial- fuera del plazo legal, etc.⁷⁴⁹.

De hecho se aconseja al letrado patrocinante que pretenda recurrir y no encuentre a su cliente -o el mismo no desee o no pueda concurrir a su despacho a firmar el escrito pertinente-, que lo haga igualmente, es decir que presente el escrito recursivo correspondiente y luego que pruebe tal circunstancia -la imposibilidad de que su cliente firme a tiempo-, así al menos evitará incurrir en responsabilidad civil, máxime si se tiene en consideración que la jurisprudencia ha interpretado en forma restrictiva la posibilidad de acudir a la figura del gestor procesal en este caso y la renuncia del letrado en tales circunstancias no parece razonable, pues sólo dejaría al cliente sin patrocinio en esa instancia -incluso vinculado en el ínterin a su domicilio constituido-⁷⁵⁰.

Además, es digno de remarcar que en la Provincia de Buenos Aires hace unos años se sancionó una Ley que permite al abogado patrocinante presentar los escritos de mero trámite sin necesidad de contar con la firma de su cliente⁷⁵¹. Con tal base legal, es claro que tal abogado debe presentar, si estima pertinente, el mentado recurso de apelación -típico remedio ordinario- sin la rúbrica de su cliente y luego, ya sí, requerir la firma del mismo en el momento de la expresión de agravios ante la respectiva Cámara (o ante ese mismo Juzgado, si el recurso fue concedido en "relación" y no libremente).

Por otro lado, con la "clausura" que le dimos a nuestra modesta lista de situaciones posibles, es claro que la misma sólo tiene una finalidad ejemplificativa. En efecto, en modo alguno pretende ser taxativa, puesto que *nuestra opinión justamente radica en que el juez investigue las particularidades del caso y no se deje guiar por un camino fácil -como ser el que establece las diferencias entre la actuación profesional como apoderado o como patrocinante, o la doctrina que pregona que el letrado siempre debe recurrir, o al menos interponer los recursos ordinarios, etcétera- que le evitará fatigas, pero dudamos que lo lleve a buen puerto*⁷⁵².

responsabilidad de los abogados", en *Derecho de daños, homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*, Félix A. Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz (Directores), Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1989, pág. 483.

⁷⁴⁸ En tal sentido se ha resuelto que procede la acción de daños y perjuicios en contra del letrado apoderado que interpuso en forma extemporánea el recurso de apelación dirigido contra una sentencia que había desestimado la demanda laboral impetrada, "al haber presentado el escrito de apelación en un juzgado equivocado en tanto... la conducta del demandado implicó un comportamiento negligente, apreciado a la luz de los arts. 512 y 902 del Código Civil", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, 17/09/2007, Alfi, Daniel Horacio y otros c. Cabrera, Andrea Mónica, *RCyS*, 2008, 757. Puede verse, además, en DIEGUES, Jorge Alberto, "Responsabilidad del Abogado", *RCyS*, 2009-XI, 210, caso 26.

⁷⁴⁹ Dichas situaciones son reveladoras de la culpa del profesional, como dijimos, mas no son suficientes para determinar *per se*, la responsabilidad del abogado. Para que lleguemos a este estadio todavía debemos comprobar la existencia de los demás requisitos responsabilizantes, en especial el daño causado y su relación adecuada de causalidad con la conducta reputada culposa.

⁷⁵⁰ Conf. MAYO, Jorge Alberto, "Casuística de la responsabilidad del abogado...", *cit.*, pág. 127.

⁷⁵¹ Nos estamos refiriendo a la Ley 13.419 (sancionada el 15/12/2005, promulgada el 09-01-2006 y publicada en el Boletín Oficial el 19-01-2006), la cual modificó la Ley 5.177, incorporando a las funciones del abogado un inciso al art. 56, mediante el cual se asigna a los abogados patrocinantes la función de presentar escritos de mero trámite con su sola firma, es decir prescindiendo de la rúbrica del cliente. De ello resulta, al menos para la Provincia mencionada, una asimilación que acerca aún más a las figuras del abogado patrocinante con la del apoderado o procurador.

⁷⁵² Otro jurista que comparte nuestro pensamiento señaló expresamente que "apelar", impugnar una liquidación o atacar de nulidad un contrato, no son obligaciones ineludibles para el abogado. "Cuando las sentencias son inmovibles, cuando las liquidaciones están bien hechas y cuando no hay causales de nulidad, si incurrimos en aquellas conductas estaríamos incumpliendo otras obligaciones que también debemos respetar, como las de no dilatar los trámites o no entorpecer la tarea jurisdiccional, no generar daños evitables, actuar de buena fe. No apelar, no impugnar, no plantear la nulidad, se convertirán en conductas *antijurídicas* si debíamos hacerlo en el caso particular... Paradójicamente, si mediante tales conductas sólo dilatamos el proceso, entorpecemos la labor judicial o generamos gastos evitables; nuestro accionar sería reprochable jurídicamente y, por tanto, pasibles de ser demandados por mala praxis, y de afrontar el pago de multas o costas", conf. AROZA, José M, "Aspectos de la responsabilidad civil de los abogados", *LLBA*, 2003, págs. 1103 y s.s. Compartimos plenamente estas afirmaciones. Estaríamos ante casos de conductas -u omisiones- "inocuas" según palabras del autor citado, no generando tal proceder responsabilidad alguna al letrado. Al contrario, dicho comportamiento le ahorraría gastos al cliente -vg. nuevas costas-. Por ello es que insistimos constantemente que debemos indagar a fondo el

Volviendo al tema central de la diferenciación de las distintas formas de ejercicio profesional, en nuestra tesis queda fuera de discusión que *todas estas situaciones han de regularse por los principios que dimanar del subsistema responsabilizador de naturaleza contractual*, y pregonamos ello más allá del intento unificador pretendido por el novel Código argentino. Es que jamás estaremos fuera de la órbita contractual cuando la víctima sea el cliente perjudicado y se hayan violado obligaciones específicas o determinadas.

Finiquitando el asunto, *acaso la diferencia que pretende establecer la doctrina acerca de las posibles formas de actuación profesional en el ámbito judicial ¿no está en realidad más vinculada con probables transgresiones a leyes o cargas procesales, y a normas de fondo? De todas formas, nosotros somos de la opinión que corresponde equiparar las situaciones, no agravando la del apoderado, ni favoreciendo la del patrocinante*⁷⁵³. En uno y otro caso, que no son más que dos maneras distintas de actuación profesional, debemos analizar el comportamiento mismo del deudor y compararlo con lo que habría realizado un buen profesional “medio” -no mediocre- de su categoría o clase, para constatar si existe o no impericia del abogado con posible daño a su cliente, del que deberá responder si, además, se constata una relación adecuada de causalidad entre ese comportamiento culpable y el supuesto perjuicio originado, el que también deberá acreditarse -vg. pérdida de chances-.

2.10. La apreciación de la culpa profesional, ¿debe realizarse conforme al criterio abstracto, o concreto?

Un interrogante de suma importancia que nos planteamos refiérese a la *apreciación de la culpa profesional*. La dicotomía formada al respecto estriba en que para alguna doctrina, mayoritaria en Argentina, ésta se debe apreciar en concreto, mientras que para otro sector la apreciación de la culpa (en general) ha de ser con arreglo a un criterio abstracto.

Aclaremos que con la aplicación del criterio abstracto, “debe tomarse en consideración para apreciar la culpa un criterio -o mejor dicho un ‘patrón’- abstracto u objetivo, o sea que el módulo de comparación está dado por la previsibilidad general de un tipo abstracto (el buen padre de familia, el hombre de diligencia común, la diligencia exigible en el tráfico, etc.)”⁷⁵⁴.

En tanto que si se recurre al criterio concreto o subjetivo, la culpa se aprecia en relación con el sujeto mismo que incumple la obligación, “sin comparación alguna con ningún tipo abstracto”⁷⁵⁵, por lo tanto sólo debe atenderse a sus condiciones personales y demás circunstancias (de tiempo y lugar) del caso.

caso traído a juzgamiento, siendo necesario recrear dicho proceso fenecido -juicio sobre el juicio- para constatar, o no, alguna conducta profesional en discordia con los principios que imperan en nuestra *lex artis* aplicados al caso concreto -*ad hoc*-.

⁷⁵³ Si bien nos distanciamos de la doctrina de BUERES en cuanto al tema relativo a la clasificación binaria de las obligaciones, en este punto volvemos a encontrarnos con el parecer de tal notable jurista con la diferencia apuntada. Se expresa el mismo de esta forma “la actuación del abogado debe apreciarse con un criterio de rigurosa unidad. La atomización de los distintos quehaceres y su aprehensión por separado no tiene razón de ser, pues la infracción siempre ha de referirse a la idea central: el análisis de la conducta prudente y diligente del profesional tendiente a la obtención de un fin aleatorio o contingente. La pérdida de una prueba, la omisión en impugnar una pericia, el no asentar nota en el libro respectivo, la demora o inactividad procesal, etc., no son de por sí incumplimientos de deberes de resultado que dejan al descubierto la culpa, sino que deben ser ponderados en consonancia con toda la actuación del profesional, a fin de inferir si estas actitudes que no se ciñen al plan de prestación, tienen envergadura para que pueda afirmarse que el deudor no observó la conducta debida, esto es, no satisfizo su obligación de medios”, en *Responsabilidad civil de las clínicas, ob. cit.*, págs. 147 *in fine* y 148, nota 40.

⁷⁵⁴ Conf. BUSTAMANTE ALSINA, *ob. cit.*, págs. 287 y s.s. Normalmente se toma como comparación el modelo general del *bonus pater familias*, aunque en la doctrina alemana se prefiera aludir al hombre que debe atender las “diligencias exigibles en el tráfico” (BGB, art. 276, inc. 2) y en el Código Civil italiano se alude al “buen ganadero”; amén del conocido criterio sentado en el art. 1176 del Código del Código de 1942, siendo tal justamente el del “*boun padre di famiglia*”. Como tuvimos oportunidad de expresar ya, la reforma al código napoleónico del año 2016 prefiere hacer mención ahora a la diligencia que debe prestar una “*personne raisonnable*”, tal como se alude en el art. 1188 que se refiere a la interpretación del contrato, y el art. 1197 que versa sobre los cuidados que debe poner el deudor de conservar la cosa hasta su entrega, a modo de ejemplos.

⁷⁵⁵ *Ibidem cita anterior*, igual página. También puede verse, con provecho, MAZEAUD, Henri y Léon – TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. 1ero, vol. 2, *cit.* n° 418 y s.s., págs. 71 y s.s. Los MAZEAUD rechazan el sistema de apreciación *in concreto* pues entienden que hacen de la culpa una noción puramente subjetiva y que hay que sondear el estado espiritual del agente a quien no habría que condenar si su conciencia estuviera en paz, si estuviera en su naturaleza proceder como lo hizo.

Es importante mencionar que en Argentina existe una importante corriente que afirma que el codificador VÉLEZ SÁRSFIELD, así como abandonó casi totalmente la teoría de la graduación de las culpas, también dejó de lado estos patrones rígidos utilizados para conceptualizar la conducta culposa⁷⁵⁶. Lo mismo puede decirse, *mutatis mutandi*, respecto de lo que predica sobre el particular el nuevo Código Civil y Comercial, pues el art. 1724⁷⁵⁷, como dijimos, sigue las directrices fijadas por aquel art. 512 del Código Civil recientemente derogado.

Debemos subrayar, asimismo, que *en verdad la contradicción de ambos sistemas de apreciación de la culpa no es tan real, ya que en puridad son sólo “aparentemente contradictorios”*⁷⁵⁸, puesto que tanto las legislaciones que siguieron un patrón objetivo (vg. el Código francés en su artículo 1137 originario⁷⁵⁹; Código alemán, artículo 276⁷⁶⁰; Código de Portugal, artículo 487), cuanto el subjetivo (supuestamente el Código Civil argentino en su artículo 512 y art. 1724 del nuevo Código; y el español, artículo 1104, primera parte), no lo hacen en forma absoluta. Es decir que *ambos sistemas no son antagónicos sino que mas bien se complementan, dando lugar a una postura intermedia que actualmente está gozando de gran predicamento en la doctrina argentina*⁷⁶¹, lo que significa que la “apreciación

Esto, según su parecer, sería apreciar la culpa civil de la misma manera que la penal. Claro que también tuvimos oportunidad de constatar que si bien se inclinan por el sistema de apreciación *in abstracto* -como se hacía en el Derecho romano y en el antiguo Derecho francés-, apoyados en la letra de su Código (art. 1137 del Código napoleónico original), ello no implica dejar de lado las circunstancias “concretas” que rodean a la conducta enjuiciada. De hecho estiman que “el tipo de comparación, sobre el cual se juzgará la conducta del demandado, debe colocarse en las mismas condiciones, sobre todo, en iguales circunstancias de tiempo y lugar, que el propio demandado”; además aclaran que deben tenerse en consideración tales circunstancias “externas”, dejándose solamente de lado las “internas” o personales del deudor. Así, podemos constatar con claridad como se aproximan los sistemas supuestamente opuestos. De todas formas, lo verdaderamente relevante en nuestro estudio, radica justamente por tener siempre presente que el modelo general del *bonus pater familias* es reemplazado por el modelo del *buen profesional*, y aquí sí que se tienen en consideración las circunstancias “internas”, tal como reconocen los propios autores parisinos a quienes citamos.

⁷⁵⁶ Puede verse con provecho, y ya haciendo alusión al nuevo Código argentino, pero sin descuidar el de Vélez y sus fuentes, TRIGO REPRESAS, Félix A. “Los factores de atribución. El rol otorgado a la culpa”, en *Revista de Derecho de Daños, 2015-2, Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015, págs. 17 y s.s.

⁷⁵⁷ También deben tenerse en consideración las reglas referidas a las pruebas de los factores de atribución que tal nuevo Código consagra. En este sentido determina el art. 1734 que la prueba de los factores de atribución y de las eximentes, corresponde a quien los alega. También debe recordarse la facultad que se otorga a los jueces en el art. 1735 referido a la posibilidad de aplicar la doctrina de las cargas probatorias dinámicas -o adjudicación a quien se encuentre en mejores situaciones probatorias-.

⁷⁵⁸ Coincide con tal parecer, entre otros, Félix A. TRIGO REPRESAS, afirmando hace que “corresponde admitir la proximidad existente entre esos dos sistemas de apreciación de la culpa, los que en rigor no se contradicen, sino que más bien se complementan e integran recíprocamente”, en “La noción clásica de culpa. Domat. Código Civil francés...”, *cit.*, págs. 54.

⁷⁵⁹ En numerosas notas hemos citado a los MAZEAUD-TUNC, para quienes si bien se debe partir de un sistema de apreciación *in abstracto*, también deben tomarse en consideración las condiciones o circunstancias “externas” (vg. de tiempo y lugar) del deudor en tela de juicio. Allí es cuando se encuentran estos aparentes sistemas contradictorios u opuestos. Ver: MAZEAUD, Henri y Léon – TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. 1ero, vol. 2, *cit.*, n° 418 y s.s., págs. 71 y s.s. De todas formas, reiteramos, en nuestro caso en especial el modelo general del “buen padre de familia” es reemplazado por el del “buen profesional”, modelo que cuando se forme para comparar el ajuste o desajuste de la conducta obrada por el profesional en un caso dado, debe necesariamente tomar en consideración aspectos concretos, internos, personales. Máxime si fueron tenidos en cuenta a la hora de la contratación.

⁷⁶⁰ El art. 276 del Código Civil Alemán (*BGB -Bürgerliches Gesetzbuch-*) hace referencia a la “Responsabilidad del deudor” y determina que “1) El deudor responde por dolo y negligencia, si una responsabilidad más estricta o más atenuada no ha sido determinada ni se puede deducir del resto del contenido de la relación obligatoria, en especial por la asunción de una garantía o de un riesgo de adquisición. Las disposiciones de los arts. 827 y 828 se aplican por analogía 2) Actúa negligentemente quien no observa la diligencia exigible en el tráfico. 3) No puede exonerarse al deudor anticipadamente de la responsabilidad civil por dolo”. Lógicamente aquí estamos haciendo alusión al inciso 2) de dicho artículo 276 que fue transcrito íntegramente dada su claridad. Por cierto, el art. 827 trata sobre la exclusión y reducción de la responsabilidad de los que causan daños encontrándose en estado de falta de consciencia o de enfermedad mental, aclarando que si dicho estado se ha producido por la ingesta de alcohol o cualquier otra sustancia similar, es responsable de la misma forma como si le fuera imputable por negligencia; ahora bien, la responsabilidad no tendrá lugar si ha incurrido en tal estado sin culpa. El art. 828 hace referencia a los daños producidos por los menores de edad. Ver: *CÓDIGO CIVIL ALEMÁN. BÜRGERLICHES GESETZBUCH*, traducción bajo la dirección del Dr. Albert Lamarca Marquès, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, págs. 83 y 239, respectivamente.

⁷⁶¹ Además de los autores citados podemos nombrar en esta línea de pensamiento, en la doctrina argentina, a: ORGAZ, Alfredo, *La culpa*, Lerner, Córdoba, 1992, pág. 133; LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, Tomo I, *cit.*, pág. 465; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños, t. I, Parte General*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, pág. 134; PIZARRO, Ramón D., VALLESPINOS, Carlos

abstracta u objetiva no prescinde por completo del examen de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias del caso, ni la apreciación *in concreto* deja de cotejar la conducta del agente con la de un individuo de diligencia normal⁷⁶².

Según nuestro parecer, y como ya lo dijéramos hace más de dos décadas, ésta nos parece la buena senda por donde debe transitar el juzgador⁷⁶³.

Por lo tanto, el juez al apreciar la conducta que se reputa culposa debe primero considerar en concreto la naturaleza de la obligación y sus circunstancias, para luego crear, con esos elementos, un “tipo abstracto de comparación” que le permitirá establecer si el sujeto obró o no como debía obrar⁷⁶⁴. Es decir, en nuestro parecer, legislaciones como la argentina y española -tipo concreto- no se distancian para nada en los hechos de aquellas otras -francesa, alemana, italiana, etcétera- que consagran *a priori* un criterio abstracto para apreciar la conducta del deudor. Llegan, prácticamente, a idéntica solución, aunque partiendo de principios diferentes.

A esta altura esperemos que haya quedado en claro que ese modelo, ese tipo de comparación que necesariamente debe formar el juzgador, ese patrón comparativo, no es ya el genérico *bonus (o studiosus) pater familias*, sino el del “buen profesional”.

Ahora bien, específicamente en el tema de la responsabilidad profesional del médico, ha dicho con acierto BUERES que “la culpa se aprecia en concreto pero utilizándose un tipo comparativo abstracto -que se tornará elástico, flexible, adaptable a cada situación personal-”⁷⁶⁵, y concluye que el sistema consagrado por el artículo 512 del Código Civil argentino (hoy art. 1724) es de naturaleza “mixto” (concreto-abstracto)⁷⁶⁶.

Compartimos la conclusión del autor citado -con las diferencias ya apuntadas- en cuanto a que “hay un solo modelo elástico que se corresponde con la culpa leve: el profesional diligente medio -que no es lo mismo que mediano o mediocre-... la culpa del profesional no es la culpa del hombre común profano -el hombre medio-... sino que se trata de una personificación del buen padre de familia en el perito o experto, emanada de la propia actividad de éste y de la *lex artis ad hoc*. Por ende, el modelo *único* se *concretará* en cada uno de los infinitos casos que muestra la *praxis* judicial. No hay entonces grados de culpa (el médico común, el súper médico, etc., o lo que es igual: no hay tránsito de un modelo a otro, sino una distinta integración de la diligencia en atención a las circunstancias involucradas). Y así como no hay pluralidad de modelos (no hay graduación), tampoco existen apreciaciones estrictas o menos estrictas, rigurosas o menos rigurosas”⁷⁶⁷.

G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, t. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 620; GALDÓS, Jorge M., BIONDA, Rodrigo E., “La fisonomía de la culpa en los albores del tercer milenio y desde la óptica de la Corte Suprema bonaerense”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2009-1, *La culpa -I*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, pág. 166, entre otros. En este mismo sentido, reiteramos, ha expresado contundentemente TRIGO REPRESAS que “corresponde admitir la proximidad existente entre esos dos sistemas de apreciación de la culpa, los que en rigor de verdad no se contradicen, sino que más bien se complementan e integran recíprocamente”, en TRIGO REPRESAS, Félix A. “Los factores de atribución. El rol otorgado a la culpa”, *cit.*, pág. 50. Cabe aclarar que el recientemente desaparecido y apreciado jurista, escribió tal conclusión también teniendo en consideración lo que al respecto determina el nuevo Código Civil y Comercial argentino.

⁷⁶² Conf. GALDÓS, Jorge M., BIONDA, Rodrigo E., “La fisonomía de la culpa...”, *cit.*, pág. 166.

⁷⁶³ En nuestra *Visión crítica...*, *cit.*, págs. 39 y s.s. Ver también nuestro *Curso de Responsabilidad civil...*, *cit.*, págs. 42 y s.s.

⁷⁶⁴ Ver nuestra *Visión crítica...*, *cit.*, pág. 39 y nuestro *Curso de Responsabilidad civil...*, *cit.*, págs. 42 y s.s.; Además puede verse un análisis más profundo de esta cuestión en la obra de nuestro padre y maestro, PADILLA, René A., *Sistema de la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1997, pág. 146.

⁷⁶⁵ En “La responsabilidad civil de los profesionales”, *cit.*, pág. 96. Siguen igual temperamento, pero ya hablando de la mala *praxis* de los abogados, entre otros, BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, “Naturaleza e la relación entre abogado y cliente”, *cit.*, págs. 139 y s.s.

⁷⁶⁶ Lo mismo quepa decir respecto del ordenamiento español, en el sentido que el sistema consagrado en el artículo 1104, primera parte -y sin acudir a su segundo apartado-, es de naturaleza “bifronte”.

⁷⁶⁷ BUERES, Alberto J., “La apreciación de la culpa en la responsabilidad de los profesionales”, en *Revista de Derecho de Daños*, t. 8, *Daños profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000, págs. 284 y 285. En igual sentido, entre tantos, COMPIANI, María Fabiana y STIGLITZ, Rubén S., “De algunas responsabilidades profesionales...”, *cit.*, págs. 205 y s.s. Respecto de la postura del otro gran referente en el Derecho argentino, LORENZETTI, cabe aclarar que en este punto existe *cierta* coincidencia, más allá que el estimado profesor ROSARINO no comparte -como nosotros- la dual clasificación obligacional que tanto defendió BUERES y de cierto desencuentro cuando analizaron ambos el voto del juez Vocos en la causa “Biedma vs. Clínica Bazterrica” emanado de la Cámara Nacional Civil, Sala

Con todo lo antedicho queda patente que *es una falsa dicotomía la que se formó acerca de si la apreciación de la culpa habría de hacerla el juez en base a un criterio subjetivo u objetivo. La apreciación debe necesariamente fundarse en patrones abstractos y concretos*⁷⁶⁸. Como así también, reiteramos, que ni la culpa levísima ni la grave están en discusión, al menos en esta materia, siendo que la leve es la que mejor se acomoda a cada situación particular -sin que ello implique, obviamente, dejar de lado las conductas dolosas que también en contadas ocasiones el letrado puede protagonizar; y sin olvidar que la culpa grave, en puridad, debe ser asimilada al dolo-.

Remarcaremos antes de finalizar, que esta postura intermedia, concreta y abstracta a la vez, para analizar la conducta del profesional puesta en tela de juicio, ha sido reafirmada en el novel Código argentino. Sobre el particular con acierto se ha dicho que “En orden a la apreciación o valoración de dicho factor (se refiere a la culpa profesional), el CCyC ratifica el procedimiento ‘concreto-abstracto’ que consagraba el Código anterior, pues si bien inicialmente se aprecia en concreto (art. 1724), calibrando el mayor o menor deber de previsión según las aptitudes objetivas del sujeto, incluyendo las condiciones especiales del prestador en los contratos que suponen una confianza especial (art. 1725), a partir de esos datos se conforma un tipo abstracto de comparación flexible y circunstancial, que se coteja con la actuación del profesional en la ocasión particular”⁷⁶⁹.

Por lo tanto, *el profesional del Derecho ha de adecuar su conducta acorde a los cánones que se le requiera de acuerdo a su pertenencia a una clase o categoría* (verbigracia: el buen abogado general, el buen especialista⁷⁷⁰, etcétera). *A su vez se tendrán en cuenta, lógicamente, la naturaleza de la obligación y las circunstancias -de personas, tiempo y lugar- que rodean a la misma. Y el juez, si se le requiere que indague sobre si hubo o no culpa del profesional en un caso dado, ha de formar un patrón con todos los elementos necesarios para concretar el tipo específico -conducta debida- y lo ha de comparar con la conducta obrada por el profesional en la emergencia*⁷⁷¹.

A, de fecha 29/06/77, *La Ley* 1977, D, 103. Ver, LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, Tomo I, *cit.*, págs. 458 y s.s. Lo que resulta sumamente llamativo es que no obstante haber sido LORENZETTI el Presidente de la Comisión de Reformas que elaboró el actual Código Civil y Comercial argentino, en cierto aspecto ha prevalecido la doctrina de BUERES (postura con fundamento en lo que Atilio A. ALTERINI proponía para el Proyecto del año 1998). Sobre los arts. 774, 1252, 1723 y 1768 del nuevo Código, que sirven para ilustrar nuestra aserción, ya realizamos las necesarias aclaraciones y críticas a lo largo de esta tesis.

⁷⁶⁸ En esta senda se ha señalado que “De la confrontación o cotejo entre el tipo concreto y el tipo abstracto de comparación surgirá si hubo o no culpa. De allí que el sistema del Código sea del tipo mixto: ‘concreto-abstracto’”, conf. BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, “Naturaleza de la relación entre abogado y cliente”, *cit.*, pág. 140; Ver, además, COMPIANI, María Fabiana y STIGLITZ, Rubén S., “De algunas responsabilidades profesionales...”, *cit.*, págs. 205 y s.s.

⁷⁶⁹ Conf. BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, “La responsabilidad del abogado frente al cliente en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2016-3, *Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, págs. 208.

⁷⁷⁰ Señalaron MAZEAUD-TUNC que hay que distinguir según se trate de un médico (o cualquier otro profesional, agregamos nosotros) especialista o no, puesto que “hay que mostrarse más severo con el especialista en la esfera de su especialidad”. Añaden que el grado de competencia y de diligencia aumenta con el grado de especialización. Y concluyen que “por parte de un ‘especialista’ del corazón, de la vista o de los pulmones, no es admisible un error que sería excusable por parte de un práctico de ‘medicina general’, simple especialista en medicina. En cambio como el profesional no es ya, fuera de su especialidad, sino un ‘buen padre de familia’, el campo de la obligación profesional se restringe cuando esa graduación se eleva como consecuencia del grado de especialización”, conf. MAZEAUD, Henri y LÉON – TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. 1ero, vol. 2, *cit.*, n° 511, pág. 173 y n° 705-2, pág. 440. En general compartimos dichas afirmaciones, con la salvedad que desde nuestra óptica el especialista (dentro de una profesión cualquiera) fuera del campo de su especialidad está sujeto al modelo del “buen profesional” (general o medio), y no del “buen padre de familia” como dicen los autores citados. Es claro que el grado de diligencia exigible, si se quiere, no es el mismo según se trate de un especialista o no; pero en las otras áreas, dicho especialista, no deja de ser un profesional, como cualquier otro que ejerce dicha profesión -vg. médico, abogado, etc.-; y no es lo mismo comparar la conducta obrada en la emergencia con un “modelo profesional general” -buen profesional- que con el patrón del “buen padre de familia” (o de la “persona razonable”, etc.). A grandes rasgos diremos que se puede exigir más diligencia de un “especialista” (dentro de su campo, obvio) que en un “generalista”; así como también se puede exigir más (otra cosa, diríamos) de un “profesional” (general) que de un “profano”. Allí nuestra disidencia.

⁷⁷¹ Remitimos al lector al acápite tercero de este capítulo, evitando, así, repeticiones innecesarias.

2.11. En cuanto a la cuestión probatoria respecto de la culpabilidad, ¿recae sobre el damnificado la prueba de la culpa del profesional, o sobre éste la de haber obrado con diligencia -prueba de la no culpa-? El nuevo Código Civil y Comercial argentino.

La última pregunta que nos hicimos al comenzar la parte central de este capítulo, versaba sobre *si la culpa del profesional debía de ser acreditada por el cliente perjudicado o si era el profesional mismo quien tendría que demostrar que en la especie ha cumplido la prestación con toda la diligencia exigible, es decir si éste debía probar su “no culpa”*. En puridad tal interrogante está íntimamente ligado a la consabida y criticada clasificación binaria de las obligaciones en de medios y fines. Por supuesto que tal respuesta, en definitiva, habrá que buscarla en lo prescripto en cada ordenamiento jurídico en particular y en la “doctrina judicial” formada al respecto.

Existen autores -la gran mayoría- que sostienen que el deudor profesional, específicamente el abogado, está sujeto a una obligación de medios, ya que no depende de él el resultado del pleito, no pudiendo por lo tanto garantizar la obtención del mismo, resultando en principio irresponsable ante la falta de conquista del interés final del cliente. Es decir que del alea, azar o riesgo que representa un proceso judicial, no debe hacerse cargo el letrado. A ello se suma el hecho que el profesional siempre percibe sus honorarios -si bien “disminuidos”-, por más que no alcance aquella finalidad perseguida con su despliegue solutorio.

Entonces, el alea que rodea la actividad jurídica, más el derecho a la contraprestación y la situación de las partes -entre otros motivos-, determinaban que en general el abogado asumía una obligación típica de medios, todo ello también predicable de su par médico. Ello según la doctrina y jurisprudencia mayoritarias.

Aunque se aclaraba que en algunas ocasiones el profesional del Derecho asume obligaciones de resultados, pero que éstas eran excepcionales⁷⁷². Tales como las de asistir los días de oficina -notificaciones-, interponer recursos, asistir a las audiencias -estas tres pueden resumirse en “cargas procesales”-, redactar un contrato o estatuto social, emitir un dictamen, asesorar legalmente a un cliente, etc.⁷⁷³. En estos casos específicos, se dice, el alea no está presente, y si el abogado incumple su obligación nace su responsabilidad, importando poco o nada que haya actuado con la diligencia debida⁷⁷⁴.

⁷⁷² Ya señalamos que los médicos también asumían *concretas obligaciones de resultado*, dentro del genérico contrato de arrendamiento de servicios -obligación de medios- que realizan en general con los pacientes. Es decir que el médico también se obligaba a resultados concretos, tales como: emitir dictámenes y certificados, realizar análisis clínicos, obligaciones derivadas de actividades relacionadas con la odontología y la cirugía estética, etc. Ver en este sentido LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico...*, *ob. cit.*, págs. 72 y 73. Además recomendamos la lectura del “comentario de la sentencia emanada del Tribunal Supremo de España de fecha 25 de abril de 1994”, realizado por LLAMAS POMBO, Eugenio. En esta sentencia el Tribunal Supremo realiza la distinción referida a cuando una persona acude a un médico por una enfermedad o cuadro patológico -medicina curativa- de aquellos otros casos en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario -medicina no curativa, según la terminología de LLAMAS POMBO-. Pues en este segundo caso la obligación de informar, siguiendo la tendencia de los Tribunales sajones, tiene el carácter de las obligaciones del mayor esfuerzo. Esta obligación, siendo todavía de medios -afirma el Tribunal- “se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue... De ahí que esta obligación que, repetimos, es todavía de medios, se intensifica”, *conf. Fundamentos de Derecho*, 3. Ahora bien, compartimos la opinión vertida por nuestro maestro salmantino en su comentario quien señala que “la clave de la cuestión reside en el deber de información, que se eleva a su máxima relevancia en los supuestos de medicina estrictamente no curativa... (para concluir) con la calificación de dicho deber como obligación de resultado”. Lo marcado entre paréntesis es nuestro. Es decir que compartimos la reflexión referida a llamar, en todo caso, a cada “cosa” por su nombre y no recurrir a un eventual *quasi* contrato de obra, u obligación de medios intensificada, o de mayor garantía. En verdad nuestra opinión consiste justamente en erradicar definitivamente esta artificiosa construcción jurídica difundida por Demogue hace casi un siglo. Es que, acaso, ¿no es más simple comparar el comportamiento médico debido contractual y normativamente con el obrado en la emergencia, para comprobar, o no, su actuación dentro de los cánones que dimanen de su propia *lex artis*, aplicadas al caso concreto y teniendo presente todas las circunstancias -internas y externas- que resulten de la naturaleza de la obligación -*lex artis ad hoc*-?

⁷⁷³ En contra BUERES, *Responsabilidad civil de las clínicas...*, *ob. cit.*, págs. 147 *in fine* y 148, nota 40, quien entiende que sólo puede haber obligaciones de resultado del abogado en “algunas tareas menudas... (como) evacuar una consulta sencilla, tramitar un proceso informativo para adicionar un nombre omitido en un documento por error material, etc.”, pero rechaza los ejemplos que la doctrina mayoritaria entienden por obligaciones de fines y que dejamos asentados en el texto.

⁷⁷⁴ En este sentido se ha dicho que “en rigor el problema de la prueba de la culpa sólo puede suscitarse, estrictamente, con relación a las obligaciones o deberes de ‘medios’ o de ‘prudencia y diligencia’; los que por

Salvo los casos recién reseñados, tal forma de pensar trae como consecuencia que *el cliente debe probar la culpa profesional* en la que incurre el abogado en su actuación⁷⁷⁵. Ello constituye la regla, ya que por lo general se entiende, -repetimos, según esta doctrina ampliamente mayoritaria⁷⁷⁶- que la obligación del letrado es sólo de medios.

Ahora bien, tuvimos oportunidad de pasar somera revista de las últimas tendencias probatorias que se gestaron en los principales países de occidente -jurídicamente hablando, claro está-. Dijimos que los tribunales franceses, italianos, anglosajones, alemanes, españoles, etcétera, estaban aplicando ciertos principios que atenuaban la dura tarea del acreedor, víctima de una mala praxis “médica”. Así señalamos, junto a doctrina autorizada al respecto, que las reglas *res ipsa loquitur*, prueba *prima facie*, ciertas presunciones, la *faute virtuelle*, lo que logran es paliar la desigualdad existente a la hora de distribuir el *onus probandi*, beneficiando indudablemente a la víctima, actora en el proceso de daños. Resaltamos, asimismo, que esta tendencia no era sino una manifestación más del principio rector que impera en la responsabilidad de las últimas décadas, tal el *pro damnato*⁷⁷⁷.

Además, somos de la opinión que todas esas nuevas tendencias son -*mutatis mutandi* y con los cuidados pertinentes- trasladables al actuar profesional del abogado, no obstante que la doctrina⁷⁷⁸ y la jurisprudencia⁷⁷⁹ aún no admitieron la inversión del *onus probandi* en

cierto pueden aparecer tanto en las relaciones contractuales como en las extracontractuales. Siendo ello así, en rigor la diferencia en cuanto al régimen de la prueba no resulta entonces de la fuente de la cual nacen las obligaciones, sino de su distinta naturaleza o contenido”, conf. TRIGO REPRESAS, Félix A. “Los factores de atribución. El rol otorgado a la culpa”, *cit.*, pág. 56. Este trabajo del citado autor fue escrito teniendo presente el nuevo Código argentino, hecho éste que merece destacarse, pues primero entiende, tácitamente, que aún se mantienen diferencias entre los regímenes contractual con el extracontractual, al tanto que admite que la clasificación de las obligaciones en de medios y resultado como si se tratase de una *summa divisio* por la cual transita todo lo referido a la prueba. Es claro que estamos de acuerdo con la primera aserción, no así con la segunda. También este reconocido autor hace referencia a las obligaciones de medios “agravadas” (donde se presume la culpa del deudor) y la probable aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

⁷⁷⁵ Por todos, citamos este fallo por su contundencia y claridad: “Quien pretende del abogado una indemnización debe demostrar su culpa profesional”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, 02-07-1999, “C. C. T., M. C. y otro”, *La Ley*, 2000-C, 721, con nota de Felipe Bucito y recopilado por PREVOT, Juan Manuel, *ob. cit.*, n° 2018, pág. 454. En el Derecho español pueden observarse varias sentencias en donde el Tribunal Supremo estima que la obligación que une al letrado con su cliente es de medios y por lo tanto será éste quien debe probar la culpa profesional que en general consistirá en el desajuste de la conducta obrada respecto de los cánones de exigencias contenidos en su *lex artis*. Por ejemplo, citaremos las SSTS del 14 de julio de 2005 (RJ 2005, 6532), 12 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9285), 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372) y 30 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 333), además la sentencia 334/2003 de fecha 8 de abril de 2003 y las sentencias del 8-6-2000, 7-2-2000, 3-10-1998, 28-1-1998, 28-12-1996, 23-12-1992, 4-2-1992 y 5-7-1991, esta última referida al Graduado Social afirmándose que no cabe invertir la carga de la prueba. Además, en las notas que citamos las recientes sentencias del Tribunal Supremo, sobre todo las que hacen alusión al contrato de arrendamiento de servicios, a las obligaciones de medios, y al ajuste a la *lex artis*, también siguen esta postura. Allí remitimos para evitar reiteraciones.

⁷⁷⁶ Para evitar repetir citas remitimos al lector a lo manifestado respecto de esta famosa clasificación obligacional y sus consecuencias en el “*arte*” (en puridad, “ciencia”) jurídico profesional.

⁷⁷⁷ Otra vez remitimos al parágrafo sexto de este capítulo.

⁷⁷⁸ Por ello afirmamos que debemos reconocer que aún hace falta un paso más -progreso o evolución en ese sentido- de la doctrina y de los Tribunales para hacer un trato similar respecto de los profesionales de la Salud y los del Derecho, al menos en cuanto al aspecto probatorio en algún eventual conflicto por mala praxis. En este sentido se ha señalado que “aun cuando pudiera observarse cierta tendencia objetivadora de la responsabilidad en el ámbito de las profesiones sanitarias, cabe advertir que tratándose de actividades profesionales desempeñadas por abogados, la jurisprudencia sigue exigiendo con todo rigor al cliente-demandante la prueba de la culpa del abogado como presupuesto para inferir la responsabilidad de éste”, conf. SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La Responsabilidad Civil del Abogado*, *ob. cit.*, pág. 187.

⁷⁷⁹ En cuanto a la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo español hemos podido encontrar un solo caso en donde invierte la carga de la prueba de la culpa del letrado, haciendo recaer la demostración del comportamiento correcto en el profesional demandado -prueba de la no culpa o falta de culpa-. Nos referimos a la STS (Sala 1ª) del 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 357). Allí dijo el Supremo que “A ello hay que sumar la imputación subjetiva a título de culpa; cuando se produce un incumplimiento de la obligación, se presume que lo ha sido por culpa del deudor... y es el deudor que incumple el que debe probar que no ha sido por su culpa, sino por caso fortuito o fuerza mayor; se prevé en el artículo 1183 Cc respecto a las obligaciones de dar, pero se extiende, no tanto por analogía sino como principio general, según doctrina y jurisprudencia, a todo tipo de obligaciones, como las de hacer o no hacer (F. D. 3º)”. No obstante la claridad de este precedente, el TS sostiene todo lo contrario en la gran mayoría de sus resoluciones. Así, no admiten esta inversión de la carga de la prueba de la culpa del profesional del Derecho, entre otras, estos pronunciamientos: SSTS (Sala 1ª) del 5 de julio de 1991 (RJ 1991, 5568); 23 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10715); 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8587); 7 de febrero de 2000 (RJ 2000, 283); 8 de junio de 2000 (RJ 2000, 5098) y 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372). En estas sentencias y en otras que citamos con antelación, el Tribunal Supremo manifiesta que el abogado se vincula con su cliente por medio de un contrato de arrendamiento de servicios o *locatio operarum*, el cual crea

los casos de malas prácticas “forenses” (por obvios motivos proteccionistas), cuando sí lo hicieron hace décadas con su par médico.

En efecto, si se mira con atención, se observará que si bien muchas de esas innovaciones probatorias nacieron con la finalidad de aplicarse al campo preciso de la responsabilidad médica, no se debe desconocer su vocación de universalidad que, al menos, abrazaría a ciertas profesiones liberales como la que tratamos. De ello no nos quepa duda alguna. Por lo tanto, la extrapolación es perfectamente factible.

Es digno de resaltar, en este sentido, que en el campo de la actuación profesional del abogado es difícil que se presenten tantos problemas como sucedieron en el ámbito médico. Ello por muchas razones. Ante todo, si la actuación defectuosa -que derivó en un juicio de mala praxis- fue judicial, el juez contará con un elemento probatorio de inigualable valor, tal el expediente respectivo -instrumento público-.

En rigor pensamos que el expediente judicial, en un caso de mala praxis del abogado, vale tanto o más que la historia clínica en el campo médico⁷⁸⁰. En efecto, la historia clínica a veces no está bien redactada, es incompleta, está ultrajada, o no se la encuentra, amén de las dificultades científicas que pudiere contener⁷⁸¹. Por supuesto que debemos resaltar que el expediente judicial es un verdadero “instrumento público”, con el valor probatorio de hacer “plena fe” hasta tanto sea redargüido de falso, cuestión ajena a la historia clínica. Primera gran diferencia.

Otra particularidad que distancia a estas dos profesiones en el área probatoria en cuanto a las malas prácticas que puedan causar quienes las ejercen, estriba en el hecho que para poder arribar a un juicio de condena a un profesional de la medicina, por regla se necesitará de una prueba pericial que ilumine al juez sobre el particular. En cambio, en el campo de la abogacía, el juez no necesitará de la ayuda de peritos, puesto que *iura novit curia*. Sólo si la cuestión es muy compleja, estimamos, requerirá el juzgador un dictamen pericial de un especialista en la materia -por ejemplo, de un reconocido jurista en determinada área-, situación también asimilable si acaso faltase producir alguna prueba en el truncado juicio “base”, cuya valoración sea decisiva, ya sea para fijar el *ad respondeatur*, ya el *quantum* -verbigracia una pericial accidentalógica, o una contable, médica, etcétera-.

para el profesional una obligación de medios y no de resultado -*locatio operis*-, en donde no opera la inversión de la carga de la prueba para acreditar la culpabilidad del profesional sindicado como responsable. Remitimos a las citas anteriores donde resaltamos con más profundidad todas estas cuestiones centrales, evitando así y otra vez, incurrir en repeticiones inútiles.

⁷⁸⁰ La cuestión referida al valor trascendental que tiene la historia clínica, en tanto que material probatorio en el ámbito médico, estimamos que no ofrece duda alguna. En efecto, la Corte Suprema de Justicia bonaerense ha señalado al respecto que “tal instrumento es una herramienta de singular importancia a la hora de determinar las responsabilidades de los profesionales intervinientes, pues constituye la relación de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores como actuales, relativos al paciente, y que nos ilustran sobre su estado al momento de los hechos (causa Ac. 81491, sent. del 16-7-2003), como también ha sostenido que incumple con el imperativo de obrar ‘con prudencia y pleno conocimiento de las cosas’ (en los términos del art. 902 de la ley de fondo), el profesional médico que confecciona una historia clínica incompleta, excesivamente breve, etcétera, porque debe ser clara, precisa, minuciosa y metódicamente realizada, puesto que de lo contrario se constituye una presunción en contra de cualquier intento exculpativo de su parte”, conf. numerosas sentencias emanadas de dicho Tribunal -en especial la referida a la causa “V., W. J., y otro c/Clínica Privada del Niño y la Familia SRL, s/Daños y perjuicios”, SCJBA, Ac. 82.488 del 03/08/2005- que recogen en su artículo GALDÓS, Jorge M., BIONDA, Rodrigo E., “La fisonomía de la culpa en los albores del tercer milenio y desde la óptica de la Corte Suprema bonaerense”, *cit.*, págs. 178 y pág. 213.

⁷⁸¹ En una sentencia interesante, donde se resalta la importancia de la historia clínica en cuanto medio probatorio que tiende a reconstruir los hechos, la Corte Suprema de Justicia de Tucumán precisa que una historia clínica deficiente o irregular difiere del supuesto de ausencia de la misma, ya sea por extravío o negativa de la institución de ponerla a disposición del juez. En este último supuesto, expresa el Tribunal tucumano, “la falta de diligencia en el cuidado de la misma responsabiliza primordialmente a la entidad donde fue atendido el paciente, sobre quien pesa el deber de conservación y custodia. A su vez, la historia clínica mal confeccionada puede constituir una presunción *hominis* de culpa, mas no por ello se erige en prueba acabada de la culpa o de la eficacia causal, aislada de otros elementos o de una conexión con otras presunciones”, CSJTuc., Sala Civil y Penal, 21-03-2007, “D. D. M. M. D. V. c/A. C. R. y otro, s/Daños y perjuicios”, sentencia n° 159. Con similar criterio la Corte Suprema de Justicia de Mendoza resolvió que una historia clínica mal confeccionada puede constituir una presunción *hominis* de culpa e incluso ello puede inferir una presunción de causalidad, pero también que debe conectarse con otras presunciones y no tratarse de una omisión singular. Ver CSJ de Mendoza, 08-06-2000, “Felici, Jorge y ot. en j.: Garrido de Donaire, Silvia c/Jorge Felici y ot. s/Daños y perjuicios. Inconstitucionalidad”, expte. 65.945, L. S. 295-330.

Finiquitando la cuestión, si nos repetimos el interrogante sobre a cuál de las partes corresponde que cargue con el *onus probandi* en cuanto a la acreditación de la culpa del profesional, diremos que *tal demostración corresponde que la realice tanto el abogado demandado, cuanto el ex cliente actor*. Ello porque participamos, si bien con reservas y sólo para situaciones excepcionales, de la teoría de las cargas probatorias dinámicas⁷⁸² (o adjudicación a quien se encuentre en mejores condiciones probatorias) que determina que aquella de las partes que se encuentre en mejor situación fáctica, técnica, jurídica, económica, etcétera, arrime la prueba al juez (ante todo la “documental”) para que pueda llegar a la verdad jurídica objetiva del caso sometido a su decisión⁷⁸³.

Con tal inteligencia, la parte actora deberá arrimar al tribunal todos los antecedentes que obren en su poder referidos a la mala actuación profesional. Por supuesto que deberá demostrar, amén de la conducta *abogadil* antijurídica imputada, el real daño irrogado -costas y costos judiciales, pérdida de chances, daño moral, etc.-, y la relación de causalidad adecuada entre éste y el defectuoso comportamiento del profesional.

Pero también el letrado deberá facilitar al juez todos los antecedentes instrumentales de la causa y deberá demostrar, puntualmente, que su conducta fue acorde a los dictámenes que prescribe la *lex artis ad hoc*. O, lo que es igual, que su comportamiento fue el correcto comparado con la conducta que correspondería desplegar a un “buen profesional” de igual clase o categoría. Es decir, que ha cumplido con el deber de previsión y evitación exigibles acorde a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (prueba de la “no culpa”⁷⁸⁴), y, en su caso, que el supuesto daño no le es imputable a

⁷⁸² Señaló hace poco TRIGO REPRESAS, estimado jurista recientemente fallecido, que si bien el problema de la culpa sólo puede suscitarse con respecto a las obligaciones de medios, “En los últimos tiempos, sin embargo, se ha empezado a admitir algunas atenuaciones en cuanto al régimen probatorio con relación a las denominadas ‘obligaciones de medios agravadas’; en las cuales el factor de atribución sigue siendo subjetivo, pero la culpa aparece presumida legal o jurisprudencialmente. Tal es lo que ha sucedido en general en punto especialmente a la responsabilidad civil de los profesionales, con relación a quienes se pretende hacer regir para la prueba de la culpa, el principio de las ‘cargas probatorias dinámicas’ propiciado por el procesalista Peyrano; lo que según Morello contaría con andamio en lo dispuesto por el artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y su similar artículo 375 del de la Provincia de Buenos Aires, y conforme al cual: el *onus probandi* habrá de recaer sobre quien se encuentre en mejores condiciones para probar, es decir, a *priori*, precisamente los profesionales, siempre que se trate de su propia actuación y de su responsabilidad como tales”, conf. TRIGO REPRESAS, Félix A. “Los factores de atribución. El rol otorgado a la culpa”, *cit.*, págs. 56 y 57.

⁷⁸³ Reiteramos la aclaración que hicimos en el sentido de diferenciar la teoría de las cargas dinámicas respecto de la adjudicación a quien se encuentre en mejores condiciones probatorias. En efecto, según la opinión de LORENZETTI que compartimos, la “adjudicación” es una regla externa al proceso y ha sido desarrollada por la Escuela del análisis económico del Derecho; mientras que la “distribución dinámica” es un principio interno del proceso. Lo que sucede es que al no estar -en general- contemplada en los diversos ordenamientos esta teoría de las cargas dinámicas (que se opone a las cargas estáticas o fijas) normalmente se la considera como sinónimo de la regla adjudicativa a quien se encuentre en mejores condiciones probatorias. Pero esta última puede ser fija (si así lo considera el legislador). Remitimos al texto donde aclarábamos tal cuestión.

⁷⁸⁴ Señala al respecto TRIGO REPRESAS que tratándose de obligaciones de medios se acepta que el deudor siempre podrá anticiparse a la prueba de la otra parte y acreditar el hecho de haber actuado en las circunstancias dadas con la prudencia y diligencia adecuadas, sin estar obligado a demostrar ningún acontecimiento de fuerza mayor. Conf. TRIGO REPRESAS, Félix A. “Los factores de atribución. El rol otorgado a la culpa”, *cit.*, pág. 61. Este reconocido jurista también se planteó, en uno de sus últimos trabajos, el problema de la diferenciación entre la “falta de culpa” y el “caso fortuito”. En efecto, señaló, tal como lo hicimos nosotros en una nota anterior, que algunos autores confunden la fuerza mayor y la falta de culpa, en razón que “o bien el evento dañoso era imprevisible o inevitable, o bien había forma de preverlo o evitarlo; de manera que en la primera hipótesis, en el mismo punto ideal en que desaparece la culpa nace la fuerza mayor, mientras que en la segunda se configura nítidamente la culpa del agente que no recurrió a todos los medios posibles para evitar el daño”, y cita entre los autores franceses que así pensaban a PLANIOL, RIPERT, ESMEIN Y SABATIER. Sin embargo, aclara que la mayoría de la doctrina entiende que entre la fuerza mayor y la culpa existe una zona intermedia: la falta de culpa. Y entre ambas situaciones media una considerable diferencia de grado: “la falta de culpa comprende todas aquellas situaciones en las que el origen del daño no ha podido ser atribuido a negligencia o imprudencia del autor; la fuerza mayor supone en cambio algo más: un daño producido por una fuerza irresistible, una imposibilidad absoluta de obrar en otra forma que lo hecho por el presunto responsable”; conf. TRIGO REPRESAS, Félix A. “Los factores de atribución. El rol otorgado a la culpa”, *cit.*, págs. 59 y 60. Finalmente, también resaltó dicho autor que el Código de Vélez alude a la “falta de culpa” como eximente de responsabilidad en varios supuestos; “lo que no sucede en cambio en similares hipótesis legisladas en el Código Civil y Comercial de la Nación, en las que no se menciona para nada a dicha ‘ausencia de culpa’, tal como ocurre con: los artículos 578, 580, 584, 586...”, *art. cit.*, pág. 59. En algunas conclusiones del reconocido jurista estamos de acuerdo, no así en otras. Es cierto que los factores objetivos han ganado lugar en el nuevo Código argentino, pero no debe perderse de vista que la culpa sigue siendo la norma de clausura o de cierre del sistema, puesto que “En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”, según lo determina el art. 1721 *in fine* del nuevo Código y del cual el autor que seguimos entiende, junto a BUERES, que “todo es responsabilidad objetiva salvo cuando haya una laguna que resulte imposible del colmar, *en cuyo caso aparece la culpa de manera*

él, sino que se debe al hecho o culpa de la propia víctima, o merced a la obra de “otra” causa ajena -*casus*- por la que no debe responder⁷⁸⁵.

Según observamos la carga es compartida y cada cual probará lo que está a su alcance y le convenga a sus intereses⁷⁸⁶. En cierta forma tampoco nos alejamos demasiado de la doctrina defendida por ROSENBERG⁷⁸⁷, en el sentido que cada litigante corre con la prueba del presupuesto de hecho de la norma que le favorezca⁷⁸⁸. Pero, lo que mira con desagrado el tribunal ahora, es la actitud reacia que puede tener alguna de las partes, sobre todo la demandada, en el transcurso del proceso. En pocas palabras: existe un deber de colaboración que implica que las partes deben facilitar las pruebas y no obstaculizarlas con actitudes repudiadas. Ello con la clara finalidad que el juzgador llegue a la verdad jurídica objetiva en el caso concreto.

En este sentido ya dijimos en esta tesis que el nuevo Código Civil y Comercial argentino si bien sienta como regla que la carga de la prueba de la culpa -también de sus circunstancias eximentes- y de la relación de causalidad, corresponde aportarla a quien la alega (arts. 1734 y 1736), se aclara que no obstante ello el juez “puede” distribuir la carga de la prueba de la culpa, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla y que, si recurre a tal facultad, deberá comunicar a las partes que hará uso de este criterio durante el transcurso del proceso (art. 1735)⁷⁸⁹.

residual, que no es lo mismo que ésta venga a ser la norma de cierre del sistema”, *art. cit.*, pág. 63. Es claro, por todo lo que expresamos en el texto, que no compartimos esta posición, y nos parece muy pobre el argumento que esgrimen para defender tal tesis, referido a que los factores de atribución son mencionados en primer lugar (art. 1721 Cód. Civ. y Com.) por ser mayoritarios en cantidad y que pueden extraerse por aplicación analógica. Nada de ello nos convence y sí, en todo caso, la letra de la ley (ni siquiera de los Fundamentos del Proyecto, pues muchas veces lucen contradichos con el propio texto de la ley). No podemos seguir extendiéndonos con estos temas en este lugar.

⁷⁸⁵ No limitando la cuestión sólo a la prueba de la culpa, se ha señalado que el profesional del Derecho está habilitado para neutralizar, total o parcialmente, la actividad probatoria del actor, probando “los presupuestos de hecho de la norma o normas que invocare con fundamento de su defensa”, según prescribe el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial argentino; esto es, “la *faz negativa* de los elementos del ilícito (inexistencia de acción, presencia de causales de justificación de la conducta dañosa, ausencia de daño ‘jurídico’ o de los recaudos de resarcibilidad, irrupción de una causa ajena, prueba de la no culpa o de la diligencia) o, de ese modo, exonerar su responsabilidad”, conf. BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, “Naturaleza de la relación entre abogado y cliente”, *cit.*, pág. 143.

⁷⁸⁶ Podemos ilustrar y resumir gran parte de nuestro parecer sobre la cuestión probatoria citando un reciente fallo que justamente trata sobre la responsabilidad del profesional del Derecho y que literalmente reza: “En un caso de mala praxis profesional del abogado, corresponde al cliente acreditar el hecho constitutivo, sea en principio la encomienda del asunto o luego la negligencia en el cumplimiento de su labor (art. 375, CPCC). Reconocida o acreditada la primera y probada la segunda, le incumbe al abogado acreditar los hechos extintivos o modificativos para eximirse de responsabilidad. En última instancia el intérprete podrá recurrir a la teoría de ‘las cargas probatorias dinámicas’. Esta teoría constituye un apartamiento excepcional de las normas legales que establecen la distribución del *onus probandi*”, CCCom. de Lomas de Zamora, Sala 1, 30-03-2004, “Rymikis, Stamatios c/Garcete, Noemí, s/Daños y perjuicios”, resolución que compilan MEDINA, Graciela – GARCÍA SANTAS, Carlos, “La Culpa. Provincia de Buenos Aires”, en *Revista de Derecho de Daños, 2009-I, La culpa -I*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, págs. 358; también publicado en *L.L.B.A.*, 2004-650.

⁷⁸⁷ Doctrina seguida por insignes procesalistas, entre ellos: Devis Echandia, Guasp, Micheli, De la Plaza, etc.

⁷⁸⁸ Véase el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, n° 1/2000, del 7 de enero, en especial el apartado sexto. ¿Acaso no sea esta disposición una ‘prueba’ de la posible convivencia armónica de la teoría normativa del profesor de Munich con la de las cargas probatorias dinámicas? De todas formas, cuidado con el “voluntarismo judicial”. Sin dudas que es fundamental la intervención del legislador en este tema central, para evitar, así, una fluctuante jurisprudencia que no hace sino evidenciar inseguridad jurídica. Por cierto que si interviene el legislador (vg. a través de la sanción de una ley especial o la aprobación de un Código adjetivo o de fondo), no es conveniente que deje tantas cuestiones relevantes a la “discreción judicial”, tal como lo hizo el nuevo Código Civil y Comercial argentino (vg. art. 1735), puesto que ello, reiteramos, no resolverá el problema de la desigualdad en las decisiones, pues cada juzgador podrá formar su propio “criterio”, lo que nos conducirá a un caos judicial, independientemente del dictado de algunas sentencias “justas”, pues cada magistrado podrá tener su propia solución diametralmente opuesta a la de su vecino, dependiendo, así, la suerte de un litigio del resultado de un mero sorteo respecto de cuál juzgado será el que intervenga (*alea jacta est*), lo que es absurdo y violatorio de derechos constitucionales elementales -vg. igualdad ante la ley y probablemente derecho de defensa en juicio, principio de inocencia y derecho de propiedad, entre otros-.

⁷⁸⁹ Como señalamos con antelación, y continuando con la nota anterior, el nuevo Código argentino establece que excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega; igual regla determina con respecto a la relación de causalidad, que corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o presuma -claro que la “causa ajena” y la “imposibilidad de cumplimiento” también corresponde aportarla a quien la invoca- (conf. arts. 1734 y 1736 del mentado Código Civil y Comercial). Pero en lo que a nosotros nos concierne específicamente, dice tal novel Código que “*El juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia*

Como consejo saludable, entonces, recomendamos al profesional del Derecho demandado en un proceso de mala práctica, que no se quede inerte, de brazos cruzados, sino que arrime al juez todos los elementos que obren en su poder y, en su caso, que demuestre su actuar diligente en la emergencia, es decir, que pruebe en la medida de lo posible que su comportamiento fue acorde a la exigencia requerida y conforme a los principios de su *lex artis* referidos al caso concreto; sino correrá el riesgo que el juzgador haga uso de alguna facultad o presunción -o *quasi* presunción- en contra suya.

Con lo antedicho, queda desenmascarada la última de las falsas dicotomías que, para nosotros, sobrevuelan por el campo de la responsabilidad profesional del abogado en lo concerniente a la culpa del letrado.

3) Conclusiones de este capítulo.

- 1) Debe quedar en claro que la responsabilidad profesional tiene los mismos principios que rigen en la responsabilidad civil en general, aunque con algunas peculiaridades propias. De hecho, la culpa profesional es una manifestación de la culpa común pero aplicable a un sujeto capacitado en alguna rama del saber. En razón de ello es que el profesional ha de responder siempre que cause un daño a su co-contratante, vinculado causalmente con su comportamiento y se constate un defecto en la conducta obrada respecto de lo que debería haber realizado un profesional diligente (perito) en esas mismas circunstancias (conducta debida). Para ello se deberá formar un modelo profesional con la finalidad de acreditar, con su comparación, una probable mala praxis. No contribuye a este fin la discutida clasificación obligacional que las divide en medios y resultado.
- 2) Además, no es válido predicar que la llamada “culpa profesional” (o culpa *del* profesional) sea una especie particular de culpa, hartó distante de la común aplicable al profano. Por lo tanto, el profesional ha de responder civilmente cuando incurra en un defecto en el cumplimiento de la prestación exigible, teniendo siempre presente las condiciones de las personas, del tiempo y del lugar, además de la naturaleza misma de la obligación, claro está (conf. arts. 512, 902 y 909 del Cód. Civ. de Vélez y arts. 1724 y 1725 del nuevo Código argentino; y 1104, 1ª parte, Cód. Civ. de España). Y responde por culpa leve, amén de la grave y del dolo, al igual que cualquier inducto.
- 3) Este distanciamiento de la conducta debida ha de configurar un defecto o desviación del comportamiento profesional respecto de la conducta normativamente impuesta. Debe quedar claro que existe un solo modelo que se corresponde con la culpa leve,

debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso comunicará a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa” (art. 1735). Como resaltamos *ut supra* sería al menos recomendable que si el juez hace uso de esta facultad para apartarse de las reglas usuales y generales de distribución de la carga probatoria, lo haga conocer a las partes lo cuanto antes -en el primer decreto- para que no se sientan condenados sin ser oídos. Es decir, para preservar su derecho de defensa en juicio. Al menos ello debiera de cuidarse en la práctica. Por otro lado, lo ideal sería que se logre uniformidad en su aplicación, tanto en lo material cuanto en lo territorial, evitando desigualdades entre los justiciables.

referido al buen profesional -el abogado diligente y cuidadoso-. Este modelo único se concretará en cada uno de los infinitos casos que muestra la praxis judicial. No hay grados de culpas y por lo tanto no existe un tránsito de un modelo a otro, sino una distinta integración de la diligencia en atención a las circunstancias implicadas.

- 4) Específicamente en materia de responsabilidades profesionales sólo cabe hablar correctamente de “impericia” -falta de pericia-, si es que se pretende imputar patrimonialmente a un sujeto por defecto de su prestación. En este campo en verdad el género es la impericia, siendo que la misma puede llevarse a cabo sea que el profesional haga menos de lo debido -negligencia-, sea que actúe temerariamente -imprudencia-, ya cause el daño en forma adrede -dolo-. Lo relevante es que siempre se estará transgrediendo principios típicos que derivan de una especial rama del conocimiento humano.
- 5) La famosa clasificación binaria de obligaciones en de medios y resultado, tan difundida en el derecho continental europeo en el siglo pasado, gozó de un campo muy fértil de aplicación en materia de responsabilidades profesionales. No obstante ello, y a pesar de lo predicado en el nuevo Código argentino, bregamos por superar ese tecnicismo jurídico, puesto que pensamos que no es más que una falsa dicotomía. En puridad crea más problemas que soluciones. En tal sentido, es útil reemplazar sus efectos con doctrinas modernas como las de la distribución dinámica de las pruebas y la noción de la *lex artis ad hoc*. La primera operaría en el campo procesal mientras que la segunda en el ámbito material. De esta forma se resolverían con justicia y apoyo legal muchas situaciones en las cuales esta clasificación obligacional deja lagunas.
- 6) En puridad la doctrina de las cargas probatorias dinámicas (o adjudicación a quien se encuentre en mejores condiciones probatorias) debiera ser de aplicación estrictamente excepcional, tal como lo resaltan hasta sus más fervientes defensores. Incluso lo ideal sería que contara con apoyo legal, tal como ahora tiene en Argentina (conf. art. 1735 CCC) y sean los jueces “uniformes” en su aplicación, ello para evitar cualquier cuestionamiento de orden constitucional, en especial para resguardar el derecho de defensa en juicio, la garantía del debido proceso legal y la igualdad ante la ley. De todas formas, es claro que dicha doctrina -junto a otras presunciones legales y judiciales- demuestra en forma evidente la crisis que experimenta la teoría de las obligaciones de medios y resultado en tanto que supuesto juez supremo del *onus probandi*.
- 7) Nada de lo recién manifestado se verá resentido habiendo entrado en vigor el nuevo Código Civil y Comercial para la Nación Argentina. Puesto que poca luz nos brinda el mismo con sólo proclamar que la obligación de resultado es de naturaleza objetiva (art. 1723); o que los profesionales liberales están sujetos a obligaciones de hacer, siendo en principio su responsabilidad subjetiva, salvo que se hubiese prometido un resultado concreto (art. 1768 del mentado Código). O la propia disquisición que hace el art. 774 referido a la prestación de un servicio. Sinceramente nada agrega a estas discusiones que seguirán forjándose entre las obligaciones de medios y resultado (cuáles son unas, cuáles otras) y su recepción o rechazo.
- 8) Sí ayuda el mentado nuevo Código en otros aspectos, sobre todo teniendo presente que ahora la finalidad de la responsabilidad civil no se circunscribe sólo a reparar daños, sino también a prevenirlos. Además, es de suma utilidad la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual con el extracontractual (con las diferencias que aún subsisten, vg. art. 1728) y los nuevos parámetros que deben tenerse en consideración respecto de los requisitos responsabilizantes. También resulta de interés resaltar la responsabilidad del principal (vg. Despacho Colectivo o abogado principal) por el hecho de sus dependientes o de las personas por las cuales se sirve (vg. pasantes de pluma) para el cumplimiento de sus obligaciones; resultando dicha responsabilidad concurrente (arts. 850, 1751, 1753, y s.s.) y objetiva (según nuestra opinión se trata de una responsabilidad “mixta”). Aunque, como lo venimos sosteniendo, es poco feliz la mención a la clasificación binaria de las obligaciones en de medios y resultado.

"

- 9) Todas las obligaciones son de medios y resultado a la vez. Medios en tanto comprometen el actuar diligente del sujeto en cuestión -se trate de un deudor profesional, o de un deudor profano-; y de resultado puesto que tienden a la consecución de la prestación, en tanto “contenido” de la obligación, sea ésta de dar, sea de hacer o no hacer. De esta forma se brinda satisfacción al interés del acreedor que constituye el “objeto” de la obligación. Lo que sucede es que existen contratos que generan distintas obligaciones según el tipo contractual de que se trate.
- 10) Además, si no se consigue dar satisfacción al interés del acreedor, habrá que analizar si lo fue por culpa del deudor, o si pesa sobre el mismo algún factor atributivo de color objetivo. Ello según si su responsabilidad es subjetiva u objetiva, sirviendo para eximir de responsabilidad al agente demostrar, en el primer caso, la prueba de su actuar diligente (no culpa) y en los dos acreditar el *casus* -que rompe la cadena causal-. Por supuesto que descartamos de plano algún tipo de factor de atribución objetivo que pese sobre el profesional del Derecho.
- 11) En definitiva: siempre se deberá analizar el comportamiento de la persona (conducta obrada) con respecto a lo que debería haber realizado (conducta debida), sirviendo en el campo profesional como arquetipo comparativo el modelo del buen profesional o artífice (con base en la *lex artis*) en lugar del *bonus pater familias*. Pero insistimos, jamás resolverá esa dupla obligacional todos los supuestos que la vida, la realidad, trae consigo.

Capítulo IV

La relación de causalidad⁷⁹⁰ y el daño en la responsabilidad civil profesional del abogado.

Parte primera: la relación de causalidad.

1) La causalidad como *presupuesto* de la responsabilidad civil profesional.

Este denominado “presupuesto” de responsabilidad -nos referimos, claro está, a la relación de causalidad-, tanto civil cuanto penal, tiene fuertes connotaciones de variadas disciplinas, tales como la física, la filosofía y hasta la mismísima teología. Por ello hablar de “causa” o de “causalidad” tiene, inexorablemente, sus dificultades; aunque aclaramos que constituye un error considerar aquí, en tanto que presupuesto responsabilizante, todas sus complicadas cuestiones y pretender, todavía, brindar soluciones⁷⁹¹. En definitiva, por lo

⁷⁹⁰ Seguramente alguien se sorprenderá al observar que tratamos el tema de la relación de causalidad en nuestra tesis. Remarcamos, entonces, que para nosotros la causalidad forma parte de una relación aún mayor, y es la referida a la “imputabilidad”. Por ello la inclusión de aquella en el presente trabajo. Remitimos a los capítulos anteriores donde aclaramos sobre el particular. Además, constituye nuestra misión brindar un análisis integral en lo que concierne a la responsabilidad civil del abogado, por ello no podemos dejar de lado ningún “presupuesto” que integre la misma.

⁷⁹¹ Todos los autores ponen de resalto, con razón, que la cuestión de la relación de causalidad desborda los límites de lo jurídico y tiene amplio desarrollo en la física y en las ciencias. Mario Bunge señaló que la palabra “causalidad” tiene al menos tres significados principales, y de ese modo se la estudia para designar: 1) una *categoría* que se corresponde con la relación causal; 2) un *principio*, como es la ley general de causación; y 3) una *doctrina* que sostiene la validez universal del principio causal. Así, “Mientras el principio causal da la

menos para los creyentes, siempre el tema de la causa desembocaría en Dios, principio y fin de todas las cosas (causa fuente y fin, además de “ejemplar”), primera causa de las mismas o, si se quiere, dicho con terminología aristotélica-tomista, *causa-causarum* (causa de las causas⁷⁹²).

Que lo atinente a la relación de causalidad sea una exigencia imprescindible para conformar el ciclo responsabilizante, constituye una premisa por nadie cuestionada. Escribió al respecto SANTOS BRIZ que “la declaración de responsabilidad civil... exige como uno de sus elementos esenciales la relación o nexo causal entre el hecho que se estima productor del daño y éste, es decir, que haya una relación de causa y efecto entre uno y otro”⁷⁹³. Ello es así, tanto en el Derecho español, cuanto en el francés, como en cualquier otro que conozcamos.

Entonces, como ya lo adelantáramos al tratar sobre la imputabilidad (con la que guarda una muy estrecha conexión), se llama relación de causalidad a aquella vinculación que media (o debe mediar) entre la acción y el daño⁷⁹⁴. Aunque parezca redundante, destacamos el carácter relacional de este concepto, pues el mismo se forma de la relación entre dos “extremos”: Acción y Daño, que constituyen, desde este enfoque: causa y efecto, respectivamente.

Antes de continuar, corresponde hacer algunas aclaraciones conceptuales. Por *causa* entendemos a la “productora” de un determinado efecto⁷⁹⁵. La *condición*, en cambio, no lo produce por sí misma, pero en alguna medida “lo permite” o descarta un obstáculo, enseñó ALTERINI⁷⁹⁶. La *ocasión* por su parte, se limita a “favorecer la operatividad” de la causa eficiente o productora. Por ello es que “causa, condición y ocasión”, de alguna manera intervienen en la producción del efecto. Pero, además, suelen coexistir algunas otras circunstancias que no son relevantes para la producción del efecto, llamadas, por lo tanto: “circunstancias indiferentes”.

forma del vínculo causal, el determinismo causal afirma la validez universal del principio, cuando indica ‘todo ocurre de conformidad con la ley de causalidad; todo tiene una causa, nada sucede sin causa, cuando todo tiene comienzo debe tener una causa’”, conf. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho de Daños, 2015-2, Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015, pág. 65 y sus citas.

⁷⁹² Quien pretenda estudiar a las causas, desde el punto de vista jurídico, recomendamos la obra del profesor Rodolfo L. VIGO (h), *Las Causas del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983. Tal autor, con marcada tendencia tomista, aborda el estudio de las causas material, formal, ejemplar, eficiente y final. Para aquellos que deseen entender el sentido de los artículos 499 al 502 del Código Civil argentino (el de Vélez, lógicamente), remitimos a los textos de Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los Contratos, Parte General*, Víctor P. de Zavalía, 2ª ed., Buenos Aires, 1975, págs. 229 y s.s. y en especial págs. 240 y s.s.; y de Ernesto C. WAYAR, *Derecho Civil Obligaciones, t. I, ob. cit.*, págs. 145 y s.s. En cuanto al nuevo Código argentino, citamos en esta tesis varias obras colectivas que comentan el mismo, lugar a donde remitimos.

⁷⁹³ SANTOS BRIZ, Jaime, *La Responsabilidad Civil*, 4ª ed., Editorial Montercovo S.A., Madrid, 1986, págs. 223 y s.s.

⁷⁹⁴ Bien se puso de resalto que al Derecho solo le interesa la “acción humana”, “ya sea en la actividad positiva o en la omisión, y los hechos de la naturaleza que pueden desviar total o parcialmente el resultado producido; es el ejemplo del caso fortuito o la fuerza mayor”, conf. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial”, *cit.*, pág. 67. También puso de manifiesto el autor citado que bajo el análisis estrictamente jurídico, “el nexo causal es la vinculación entre la acción humana y su resultado. Corresponde a una subespecie de la causalidad, y sólo consiste en una imputación fáctica de un resultado... El nexo o relación de causalidad es siempre un elemento de la responsabilidad civil. Entre el hecho dañoso (antecedente) y el daño (consecuente) debe siempre mediar un vínculo fáctico que a más, importe un vínculo causal adecuado... En el Derecho Privado este elemento es de vital importancia, porque su demostración permite atribuir el resultado de un accionar (en la actividad o en la omisión) a una determinada persona, o grupo de personas, y además poder establecer un límite a la obligación de resarcir el perjuicio”, *art. cit.*, págs. 68 y 69. Más adelante haremos referencias a las “finalidades” que tiene atribuida la causalidad en nuestros ordenamientos jurídicos.

⁷⁹⁵ Acertadamente nos enseñó nuestro padre y primer maestro que “causa implica creación de un resultado”. También señaló Padilla que existe “identificación” entre causa y efecto y que su separación obedece más a abstracciones que a diferencias reales. En efecto, se puede afirmar, válidamente, que la diferencia real entre causa y efecto es la misma que media entre la potencia y el acto. Por ello debe hacerse hincapié en la finalidad “creadora” que siempre tiene la causa. En este sentido continúa nuestro padre afirmando que “La función generadora es esencial al concepto de causa al punto de que entre una causa y su efecto sólo parece mediar tiempo. La causa está contenida en acto en el efecto; el efecto no es sino la causa resultante del transcurso temporal”, conf. PADILLA, René A., *Sistema...*, *ob. cit.*, pág. 113.

⁷⁹⁶ ALTERINI, Atilio Aníbal, *Responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, págs. 139 y s.s.

Terminando con los conceptos básicos, dijo el reconocido penalista argentino Ricardo NÚÑEZ que “existe concausa o interferencia de un curso causal independiente si el resultado proviene de un curso causal cuya génesis es independiente de la condición puesta por el agente”⁷⁹⁷, es decir que “el desarrollo de los efectos de una causa determinada puede ser *desviado*, o directamente *suprimido*, por otra *causa distinta y coexistente* (concausa): el efecto proviene, en el caso, de otra circunstancia independiente de la causa puesta por el agente”⁷⁹⁸. Ya haremos mención al hecho de la propia víctima (ex cliente del letrado en nuestro caso), al hecho de un tercero y el caso fortuito, como circunstancias que limitan o excluyen la responsabilidad del profesional del Derecho. Ahora sigamos con los conceptos elementales en esta materia.

Ya se sabe que el daño resarcible, tratemos acerca de la responsabilidad profesional o no, debe estar en cierta relación de causalidad con la “acción humana”⁷⁹⁹ que es su productor. Ahora bien, el problema consiste en conocer cuál de los hechos antecedentes es “causa” de un determinado resultado.

Para dar solución a esta importante cuestión, pues además de determinar la responsabilidad también se relaciona -según cierta doctrina- directamente con la extensión del resarcimiento, se han elaborado diversas teorías⁸⁰⁰, de las cuales una en particular merece nuestra atención: la doctrina de la relación de causalidad *adecuada*. Pero antes debemos precisar someramente lo que se ha denominado “causalidad física, natural o material”, y diferenciarla de la causalidad propiamente “jurídica”. La famosa distinción de la *imputatio facti e imputatio iuris*⁸⁰¹.

Por de pronto hay que remarcar, como ya lo anunciáramos, que la relación causal es, antes que “jurídica”, un puro fenómeno natural de la vida. Así, en el mundo “físico, natural o real” todo lo que se produce (efecto), tiene su origen o génesis en alguna causa que es su productor. De hecho, cuando los Códigos Civiles (España, arts. 1101 y 1902; Argentina, arts. 906, 1109 y 1067 del Código de Vélez y art. 1726 del nuevo Código Civil y Comercial⁸⁰²) aluden al requisito de la relación de causalidad, se refieren en primer orden a la exigencia de ese nexo causal físico, material, real o natural. La causalidad tomada en consideración es, en este sentido, una categoría fáctica que pertenece al mundo del *ser*, siendo imprescindible que

⁷⁹⁷ NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal Argentino, t. 1, Pte. Gral.*, Bs. As., 1964, pág. 271. Por cierto, es notable la influencia que recibió la doctrina civilista de la penalista en torno a la causalidad.

⁷⁹⁸ Conf. ALTERINI, Atilio A., *Responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, pág. 140. La cursiva nos pertenece.

⁷⁹⁹ Siempre debe arrancarse de la acción humana, con sus requisitos configurativos del acto voluntario -discernimiento, intención y libertad-. Ésta constituye el primer peldaño en la responsabilidad civil.

Por ello estimamos que incurre en un error la generalizada doctrina argentina moderna (con eco tanto en el Proyecto de 1998, art. 1661, cuanto en el nuevo Código, art. 1757) cuando se refiere a los “hechos de las cosas”. Ello puesto que las cosas no pueden “hacer” nada por sí mismas. Es que siempre es necesaria la acción humana, incluso para desplegar, actualizar o concretar, las condiciones nocivas que puede contener la cosa (en potencia).

⁸⁰⁰ Pueden leerse *in extenso* estas teorías en las ya citadas obras de ALTERINI, Atilio Aníbal, *Responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, págs. 143 y s.s.; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la responsabilidad civil*, *ob. cit.*, págs. 218 y s.s.; o la obra de nuestro querido amigo y reconocido maestro, recientemente fallecido, MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Curso de Obligaciones -Lecciones del Dr. Luis Moisset de Espanés-*, Tomo II, Advocatus, Córdoba, 1993, págs. 467 y s.s. a donde remitimos.

Las doctrinas más relevantes son: 1) Teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*; 2) Teoría de la causa próxima; 3) De la condición preponderante; 4) Teoría de la causa eficiente (o más eficaz o activa); 5) La desarrollada por nosotros de la “causa adecuada”. Además, no debemos olvidar que en la actualidad goza de predicamento “los criterios de imputación (causal) objetivos”, o teoría de la imputación objetiva como diremos más adelante. Todas ellas son teorías netamente “jurídicas”, menos la de la *conditio sine qua non* que se considera como de causalidad “física” y que a su vez puede servir de punto de partida de las restantes.

⁸⁰¹ Toda la doctrina establece diferencias entre la relación de causalidad “fáctica” de la “jurídica”. En efecto, “El examen de la primera lleva a conocer exclusivamente cómo aconteció en la realidad física la cadena de causas y efectos. En cambio, cuando ingresamos en su análisis jurídico, aparecen otras evaluaciones que tienen que ver con la ‘causalidad adecuada’ que vincula a la ‘previsibilidad’ debida con las consecuencias resarcibles (arts. 1726 a 1728 Código, ley 26.994) y con el de ‘autoría’”, conf. Pascual E. ALFERILLO comentario al artículo 1725 del nuevo Código en ALTERINI, Jorge H. (Director general), ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, tomo VIII, arts. 1708 a 1881. Otras fuentes de las obligaciones. Directores del tomo Pascual E. Alferillo, Osvaldo R. Gómez Leo y Fulvio G. Santarelli*, La Ley, Buenos Aires, 2015, pág. 113.

⁸⁰² Dice al respecto el nuevo Código Civil y Comercial en su artículo 1726, referido precisamente a la “relación causal”, que “*Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles*”.

el operador jurídico determine si el hecho ilícito -la conducta del sujeto sindicado como responsable- es o no causa “real y verdadera” del daño, “de tal manera que, si lo es, su autor puede (aunque no necesariamente) ser responsable, pero en ningún caso cuando no lo sea”⁸⁰³.

Al respecto se ha dicho que existe consenso en cuanto al criterio o doctrina con la cual podrá el operador aproximarse a la verdad de los hechos y concretamente determinar si concurre, o no, el nexo causal natural. Así, existirá causalidad *física* cuando representando idealmente el curso de los acontecimientos, como si no hubiera mediado el hecho ilícito, resulta lógicamente que el daño no se habría producido. Causa *material* es, como señala MEDINA ALCOZ, “aquel factor o condición que puede considerarse indefectible porque, en su ausencia, la víctima hubiera dejado de padecer el menoscabo”⁸⁰⁴. Esta tesis se dio a conocer y se caratuló como teoría de la *conditio sine qua non*, o de la equivalencia de las condiciones⁸⁰⁵.

Cualquier fenómeno físico es producto de todas las condiciones que contribuyeron a producirlo debiéndose considerar a todas ellas, según esta postura, como “causas” reales, naturales o materiales del mismo (por ello tienen idéntico valor, es decir son “equivalentes”). Vale decir que según esta postura, “la causa de un determinado resultado es la suma de la totalidad de las condiciones que son todas equivalentes, y si falta alguna de ellas, no es posible afirmar que igualmente se hubiera producido el efecto. De allí la afirmación de John Stuart Mill: ‘La causa es la suma de las condiciones positivas y negativas tomadas juntas, el total de las condiciones de toda naturaleza que al realizarse hacen que siga el consiguiente de toda necesidad’”⁸⁰⁶.

En el campo de la responsabilidad civil, la comprobación de la etiología real del daño supone aplicar un método de eliminación “para valorar si, hipotéticamente, de no mediar el hecho ilícito, no se habría producido el daño porque, cuando así sea, podrá decirse que ese hecho es una de las *condiciones sine quibus non* y, consecuentemente, causa física del menoscabo”⁸⁰⁷.

A su turno es importante resaltar que la doctrina en general ha alertado respecto a que una aplicación de la teoría de la equivalencia sin tapujes o correcciones traería devastadoras consecuencias en el sistema responsabilizatorio, “pues podrían reputarse aptas para engendrar responsabilidad civil todas las *condiciones sine quibus non* que componen la infinita secuencia causal que en cada caso han conducido a la producción del resultado dañoso”⁸⁰⁸. Por ello se ha entendido que el operador jurídico debe modular el concepto *material* de causa, y debe introducir valoraciones normativas que permitan jerarquizar las diferentes condiciones y así poder determinar si la enjuiciada en el caso concreto posee relevancia jurídica (causalidad *jurídica*)⁸⁰⁹.

Así es como se entendió que la teoría de la equivalencia si bien sirve para averiguar si el hecho ilícito fue o tuvo una causa *natural* imputable al agente en cuestión, junto a ésta deben emplearse otros criterios, específicamente *jurídicos* que la complementen, para poder determinar si tal *conditio* es, a su vez, jurídicamente idónea para generar el deber de

⁸⁰³ MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pág. 243.

⁸⁰⁴ Conf. MEDINA ALCOZ, Luis, *ob. cit.*, pág. 39; y págs. 247 y s.s.

⁸⁰⁵ En tal teoría fueron muy relevantes los aportes del científico inglés John Stuart Mill -influyendo, a su vez, por Galileo y Thomas Hobbes- y del penalista alemán Maximilian Von Buri, quien siguió la opinión de los juristas Burner, Halscher y Glaser.

⁸⁰⁶ Conf. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial”, *cit.*, pág. 71.

⁸⁰⁷ Conf. MEDINA ALCOZ, Luis, *ob. cit.*, pág. 249.

⁸⁰⁸ MEDINA ALCOZ, Luis, *ob. cit.*, pág. 39. En igual sentido, entre tantos, COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial”, *cit.*, pág. 72.

⁸⁰⁹ Enseñaba con toda razón Goldenberg que debe tenerse en consideración que “el fenómeno causal constituye un proceso de verificación de la génesis de determinados procesos y la trama de sus interrelaciones que se da en el plano de la realidad natural. Pero cuando el principio es trasladado a otro dominio del conocimiento como el derecho, que se adscribe a la órbita de las ciencias culturales, adquiere particularidades propias, distinguiéndose por su objeto y metodología. Esta diversa finalidad va a determinar las diferencias de este concepto unívoco de causalidad entre las disciplinas empíricas-fácticas y la concerniente al mundo jurídico. Ello se traduce asimismo en la terminología, ya que lo que puede constituir una ‘consecuencia’ en el mundo físico quizás no lo sea en el plano legal... En el área del derecho la consecuencia solo sigue al antecedente cuando le es jurídicamente atribuible”, conf. GOLDENBERG, Isidoro, “La relación de causalidad como eje del sistema de responsabilidad civil”, en *Responsabilidad civil. Presupuestos*, Advocatus, Córdoba, 1997, pág. 109.

responder en el sujeto imputado. Es decir que existen diversos argumentos jurídicos como para frenar o restringir el alcance *ad infinitum* que tendría la aplicación lisa y llana de la teoría de la equivalencia.

Entonces, de las teorías que se desarrollaron para restringir o limitar el alcance *quasi-ilimitado* que conlleva la aplicación de la *conditio sine qua non*, merece especial atención en nuestro análisis la denominada “teoría de la causa adecuada”, la cual, si bien no nos resuelve todos los problemas, por lo menos a una gran parte de ellos les brinda una respuesta satisfactoria. Por otra parte, es la seguida en forma casi unánime⁸¹⁰. En este sentido señaló SANTOS BRIZ que “la doctrina de la adecuación es la seguida por la práctica predominante, pero no es por sí sola una fórmula suficiente para todos los supuestos; no faltan, por otra parte, autores que la consideran como una derivación de la teoría de la equivalencia (el caso de Nipperdey), y otros que la excluyen en ciertos supuestos”⁸¹¹. Incluso este reconocido autor llegó a afirmar que existen juristas que creen que es un fracaso intentar construir cualquier concepto especial de causalidad “jurídica” y más aún, están los que sostienen que la ciencia del Derecho no lo requiere.

Llegamos al centro del problema: ¿qué significa que el daño (efecto) que ocasiona el profesional del Derecho tenga que guardar una relación causal adecuada con su hecho generador (causa)? Pues bien, esta doctrina de la causalidad adecuada que, repetimos, goza de mayor predicamento, fue desarrollada por VON BAR (en el año 1871⁸¹²) y perfeccionada por el fisiólogo alemán VON KRIES (en el año 1888). La misma parte de algo básico: “no todas las condiciones necesarias de un resultado son equivalentes”. *Aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado, constituye la causa*. Las demás condiciones que no producen normal y regularmente ese efecto, son solamente condiciones antecedentes o factores concurrentes.

Esta doctrina realiza un *cálculo de probabilidad o un juicio de pronóstico retrospectivo*, el cual atendiendo a lo que sucede *normalmente* determina si la acción enjuiciada habría sido por sí misma capaz de provocar *normalmente* ese resultado. Es decir que “para condenar al agente dañoso a la reparación no basta que su actuación sea *condición necesaria* y suficiente del daño; es preciso, además, que tal actuación pueda considerarse *normalmente idónea o adecuada*, después de un *juicio probabilístico* que toma en consideración máximas de la experiencia”⁸¹³.

Dijo al respecto BUSTAMANTE ALSINA que “Para establecer cuál es la causa de un daño conforme a esta teoría es necesario formular un *juicio de probabilidad*, o sea si tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir regular o normalmente un resultado; y ese juicio de probabilidad no puede hacerse sino en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto”⁸¹⁴. Este es el criterio conocido como de la *previsibilidad en abstracto*.

⁸¹⁰ Es cierto que actualmente se habla mucho en España -por influencia de la dogmática penalista alemana- de la teoría de la “imputación objetiva” (*objektive Zurechnung*), la cual estaría *desplazando*, según entienden algunos, a la de la “causalidad adecuada”. Por nuestra parte pensamos que al menos se *complementan* ambas posiciones. En modo alguno implica borrar la doctrina de la adecuación. De hecho, la misma teoría de la imputación objetiva la tiene en consideración, puesto que la causalidad adecuada funciona como uno de sus criterios selectivos. Ya hablaremos sobre el particular y sobre su aplicación concreta al caso que nos ocupa de responsabilidad forense.

⁸¹¹ *Ob. cit.*, págs. 231 y s.s.

⁸¹² Hay autores que señalan que tal teoría fue expuesta por Von Bar en el año “1881”. Entre ellos COMPAGNUCCI DE CASO, quien además señala, con razón, que dicha teoría tiene como originario objetivo oponerse a la tesis de la “equivalencia”, alegando que resulta necesario elegir una de las condiciones para darle la jerarquía de causa, a fin de establecer quién puso dicha condición y poder imputársele el resultado. Ello pues el fenómeno causal debe ser analizado de acuerdo a reglas de comportamiento regular y normal, es decir utilizando la experiencia humana o experiencia de la vida corriente. Además, agrega que el juzgador “retrocederá en el tiempo y deberá verificar si la acción era o no idónea para producir el resultado (mediante un pronóstico póstumo). Es que si el juzgamiento fuera *in concreto* viendo cómo ocurrió el hecho dañoso, todas las condiciones resultarían aptas para llegar a la consecuencia, mediante lo cual deberíamos confirmar la teoría de la ‘equivalencia de las condiciones’ como medio para lograr el vínculo causal”, conf. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial”, *cit.*, pág. 73.

⁸¹³ MEDINA ALCOZ, Luis, *ob. cit.*, pág. 251. La cursiva nos pertenece.

⁸¹⁴ *Ob. cit.*, págs. 220 y s.s.

Es más, para gran parte de la doctrina especialista⁸¹⁵, tanto la relación de causalidad cuanto la culpabilidad, se asientan sobre un concepto común: *la previsibilidad*. Pero estos “presupuestos” tienen distintas formas de previsibilidad, pues la relación de causalidad adecuada presupone la previsibilidad en abstracto, mientras que la culpabilidad pondera la previsibilidad en concreto⁸¹⁶.

En este mismo sentido se dijo que “la adecuación de la consecuencia a la causa se juzga en relación a la previsibilidad en abstracto, o sea *lo que es previsible para un hombre medio dotado de una inteligencia normal*. Lo que para la mentalidad del hombre medio tiene aptitud o idoneidad para producir una cierta consecuencia, constituye la causa de ésta o sea existe entre aquel hecho y este resultado una adecuada relación de causalidad”⁸¹⁷.

Por nuestra parte pensamos que, al igual que lo afirmado respecto de la culpabilidad (interpretando el art. 512 del Código Civil de Vélez -art. 1724 del nuevo Código Civil y Comercial- y el art. 1104, primer apartado, del Código Civil español), la cual no debería juzgarse en base a un patrón “absolutamente subjetivo o concreto” ni menos aún “objetivo o abstracto”, cabe decir lo mismo, *mutatis mutandi*, en esta cuestión.

Por lo tanto, el operador jurídico, al realizar el procedimiento técnico bautizado por el destacadísimo penalista VON LISZT como de la *prognosis póstuma*⁸¹⁸ no debe dejar de lado la causalidad del caso concreto (si acaso la pudiere conocer).

Concluyendo diremos: la relación causal relevante para el Derecho es la que la norma ha establecido o permitido. El operador jurídico debe, en primer término, detectar la *verdadera causa*, es decir, la que se comporta como la “etiología” del daño (creadora del efecto). En su defecto, el Derecho permite que la relación causal se establezca mediante el *método probabilístico o estadístico de la adecuación*⁸¹⁹.

Visto desde el otro ángulo, para lograr la eximición de la imputación, debe demostrar el interesado -en nuestro caso el profesional del Derecho-, que el resultado dañoso era imprevisible. Es claro que la “*imprevisibilidad*” tiene potencia para “des-responsabilizar” cualquiera sea el tipo de imputación a saber, subjetiva u objetiva (responsabilidad objetiva o subjetiva), puesto que su finalidad es destruir el nexo causal (“adecuado”), con lo cual se nos cae este infaltable elemento responsabilizante.

Vale decir que ante la presencia de un *casus* (hecho imprevisible o inevitable, conf. art. 514 del Cód. Civil de Vélez y 1730 del nuevo Código) no habrá de que responder sin importar que pese sobre el letrado factores subjetivos u objetivos (puesto que no opera al nivel de la “culpabilidad”, sino de la “causalidad”); ello a no ser que hubiera tomado a su cargo la ocurrencia del *casus*; o por medio de una disposición legal no resulte liberado el letrado; o estuviese en mora (a no ser que resulte indiferente para la producción del *casus*); o si el mentado caso fortuito, y la imposibilidad que de él resulta, constituye una contingencia propia del riesgo de la cosa o actividad; o si el letrado está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito (todo según el art. 1731 del nuevo Código argentino -con base en el art. 513 del Código de Vélez-, resultando lógico que algunas causales sean más aplicables a nuestro campo que otras).

⁸¹⁵ Ver ALTERINI, *ob. cit.*, pág. 160. Además de ser un digno representante de la opinión civilista argentina, es un cabal ejemplo de lo que estamos sosteniendo. En igual sentido y ya haciendo alusión al nuevo ordenamiento argentino, ver COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial”, *cit.*, págs. 73 y s.s.

⁸¹⁶ También se habla de una “particular forma de previsibilidad” cuando lo que se pretende es imputar al letrado el daño denominado “pérdida de chances”, supuesto normalmente más considerable de la responsabilidad profesional forense. Ver, en este sentido, LOVECE, Graciela, “La pérdida de chance confrontada con la relación adecuada de causalidad”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, págs. 217 y s.s. Claro que allí se invoca la “previsibilidad del juzgador” y no la del agente dañador de la que estamos hablando en el texto.

⁸¹⁷ Conf. BUSTAMANTE ALSINA, *ob. cit.*, pág. 221. Lo marcado nos pertenece.

⁸¹⁸ Explica PADILLA, René A., *ob. cit.*, pág. 109 *in fine*, al hablar de este procedimiento, que: “en cuya virtud el operador jurídico *debe retrotraerse en el tiempo* y someter al suceso a un juicio de probabilidades en procura de determinar la causa, esto es la etiología del hecho según el curso normal de las cosas”. Es un método, agregamos, que parte del efecto para encontrar la causa del mismo, por el cual, una vez sometido al juicio de probabilidades, dará como resultado la denominada “causa adecuada” a ese efecto.

⁸¹⁹ En igual sentido puede verse a PADILLA, René, *ob. cit.*, pág. 130.

Y, claro está, cuando hablamos de caso fortuito o fuerza mayor⁸²⁰, también estamos incluyendo en su amplio concepto al *hecho (y culpa) de la propia víctima*⁸²¹ y al hecho de un *tercero*⁸²² por quien no debe responder el sindicado como tal, porque en definitiva desde el ángulo del responsable, tales circunstancias se comportan como verdaderos casos fortuitos⁸²³.

Y las preguntas que a esta altura pueden surgir, seguramente serían las siguientes: ¿a qué aspira la relación de causalidad? Es decir: ¿qué sentido tiene demostrar que entre la acción y el daño que son, causa y efecto, media un nexo “adecuado” de causalidad? Ante tales interrogantes respondemos diciendo que la relación de causalidad tiene dos funciones principales. En primer término, *la causalidad tiene por finalidad establecer o determinar la imputación del daño*. Ello significa que, en tanto que “presupuesto” responsabilizante, la causalidad debe presentarse para completar el ciclo de responsabilidad y así llegar al responsable; en especial tiende a completar a ese concepto relacional complejo que denominamos “imputabilidad” (en ese sentido se habla de la causalidad que responde a la pregunta del *an respondeatur*).

Pero además de ello, la causalidad tiene como función establecer el *límite del resarcimiento*; esto es determinar hasta qué tipo de consecuencias deben repararse (esto hace alusión a otro problema referido al *quantum respondeatur*)⁸²⁴.

Es claro que primero deberemos determinar si existe un responsable y luego establecer hasta dónde debe reparar -de qué tipos de consecuencias responde, o cuál es el monto del que debe hacerse cargo-.

⁸²⁰ Al respecto, y siguiendo al Código de Vélez (art. 514) dice el nuevo Código Civil y Comercial argentino, en su artículo 1730 que “*Se considera caso fortuito al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. Este Código emplea los términos ‘caso fortuito’ y ‘fuerza mayor’ como sinónimos. El caso fortuito exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario*”.

⁸²¹ El nuevo Código Civil y Comercial expresa, sobre el particular que “*La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial*”, conforme a su artículo 1729.

⁸²² Con respecto al “hecho de un tercero” el nuevo Código Civil y Comercial establece que “*Para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito*”, según su artículo 1731. Es claro que esta norma sirve para validar nuestro aserto en cuanto a que el hecho de la propia víctima y el de un tercero, funcionan a un nivel de la causalidad y son prácticamente manifestaciones o tipos de *casus*, puesto que desvían o destruyen la concatenación causal adecuada que debe mediar entre la acción productora del perjuicio, con éste. Por supuesto que su incidencia puede ser total o parcial, y de allí que la eximición puede ser también total o parcial. Igual razonamiento se impone respecto del *casus* “genérico” aunque la ley no lo diga expresamente.

⁸²³ Debemos tener presente que las “Propuestas” para la reforma del Código Civil español dedican dos normas muy relevantes para estas situaciones. Nos referimos a los arts. 5193-2 y 5193-3; la primera trata sobre las “causas de justificación”, mientras que la segunda versa sobre las “causas de exoneración”. No podemos indagar aquí tales importantes normas. Remitimos a: *Propuesta de Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Tecnos, Madrid, 2018.

⁸²⁴ Con criterio semejante nos refiere Santos Briz acerca de una causalidad como *fundamento* y otra como *complemento* de la responsabilidad civil. En efecto, véase SANTOS BRIZ, Jaime, *La Responsabilidad Civil*, 4ª. ed., Madrid, Monerco, 1986, págs. 223 y s.s. En el Derecho argentino, se ha dicho recientemente que la responsabilidad civil tiene dos funciones perfectamente diferenciadas: “la primera, como presupuesto constitutivo de la responsabilidad de resarcir el daño injusto ocasionado. Y, en segundo término, para medir las consecuencias indemnizables”, conf. ALFERILLO, Pascual E., comentario al artículo 1725 del nuevo Código en ALTERINI, Jorge H. (Director general), ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial comentado... cit.*, pág. 111. En esa misma página Jorge H. e Ignacio E. Alterini también confirman que la relación de causalidad “tiene como cometido establecer la autoría material de quien generó el daño; en otra dimensión, se presenta cumpliendo la misión de determinar las consecuencias por las que se responde”. También hace poco ha subrayado Edgardo LÓPEZ HERRERA que “La previsibilidad como fundamento de la causalidad adecuada debe ser utilizada tanto para decidir quién es causante del daño, como de las consecuencias que va a responder”, conf. LÓPEZ HERRERA, Edgardo, comentario a los artículos 1708-1762 en RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (Directores), ESPER, Mariano (Coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo IV (artículos 1251 a 1762)*, La Ley, Buenos Aires, 2014, pág. 1035.

En lo concerniente a la “extensión” del resarcimiento, deben ponderarse en primer término las clases de consecuencias implicadas (inmediatas, mediatas, casuales y “remotas” -de las cuales no se responde nunca-), el régimen de responsabilidad de que se trate (contractual o extracontractual), y el tipo de factor imputativo involucrado (dolo o culpa). A grandes rasgos se puede concluir que en la órbita extracontractual se responde más que en el sistema contractual, puesto que el autor culposo responde de las consecuencias inmediatas y mediatas en aquél régimen. *Infra* analizaremos esta cuestión.

En lo referido a la prueba⁸²⁵, tanto respecto de la relación causal⁸²⁶ cuanto de su eximente (“causa ajena” o “imposibilidad de cumplimiento”, constituyendo dos especies de *casus*, porque desvían o destruyen la relación causal), *corresponde aportarla*, siguiendo la regla general, *a quien la alega, salvo disposición legal o convencional en contrario*⁸²⁷ y *con las precisiones que hicimos en el capítulo anterior*⁸²⁸. En este sentido dice el art. 1736 del nuevo Código Civil y Comercial argentino que “La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca”.

Es decir que el cliente deberá demostrar, salvo que ello surja de los propios hechos *-res ipsa loquitur-*, que la impericia del letrado fue la *causa* del daño a él irrogado, o que entre esa conducta reputada imperita y el perjuicio generado media una *relación adecuada de causalidad*.

A su turno el profesional del Derecho podrá eximirse de la responsabilidad que se le imputa si demuestra que el daño proviene de un factor que rompió el nexo adecuado de causalidad⁸²⁹, como ser la culpa o el hecho del propio cliente -víctima-, el hecho de un tercero por quien no debe responder, o el caso fortuito o fuerza mayor -vg. la propia aleatoriedad de la prestación comprometida, o un cambio en la doctrina del tribunal, etcétera-.

Dicha eximición será total si demuestra efectivamente la ruptura del nexo causal adecuado, al tanto que podrá ser parcial si acredita que tales hechos constituyen una “concausa” del perjuicio que pretende resarcirse. Y en la medida de sus incidencias, pues, deberá distribuirse la mentada responsabilidad⁸³⁰.

⁸²⁵ Expresa Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA que “En cuanto a la prueba de la relación causal se admite por la generalidad de los autores que está en la cabeza del acreedor o de la víctima que la alega. Sin perjuicio de ello, en algunos casos se admite un aligeramiento en el cumplimiento de dicha carga probatoria”, “Los presupuestos de la responsabilidad profesional”, en *Las responsabilidades profesionales*, *cit.*, pág. 127.

⁸²⁶ Se ha resaltado, en este sentido, que se acepta en general que “la prueba de la existencia de una relación causal adecuada entre la conducta del abogado y el daño, ha de quedar a cargo del damnificado”, conf. TRIGO REPRESAS, Félix A., “La exigencia de un nexo adecuado de causalidad entre el obrar profesional y el daño, como recaudo de la responsabilidad civil del abogado”, *RCyS*, 2006, págs. 562 y s.s. También se ha remarcado que “en principio, la prueba del nexo causal incumbe al dañado; sin embargo, en muchos casos, ella surgirá de los propios hechos”, según palabras de KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, pág. 721.

⁸²⁷ Explícitamente recogió esta solución el Proyecto de Código Civil para la República Argentina del año 1998 en su art. 1620, con la salvedad que *la ley la impute o presuma o que, conforme a las reglas de la experiencia, su existencia sea presumible*.

⁸²⁸ Gráficamente ha señalado el Tribunal Supremo en la sentencia del 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372) que “será el actor o reclamante del daño, esto es, el cliente, el que deba probar los presupuestos de la responsabilidad del abogado, el cual *ab initio*, goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional” (F. D. 4º). Esta postura es reiterada por el Supremo en muchas otras sentencias que tuvimos oportunidad de citar en los capítulos anteriores. Claro que este criterio debe tenerse como “principio general” con las precisiones que dejamos asentadas en el texto. Sí citaremos aquí por su importancia estas otras sentencias del Tribunal Supremo. Por ejemplo, la STS, Sala Primera de lo Civil, del 18 de julio de 2008, donde determinó que “para que exista responsabilidad por negligencia profesional, como se ha dicho, es preciso que exista una relación causal entre la acción u omisión negligente del letrado y el resultado dañoso... En este caso no puede establecerse la imputabilidad objetiva del resultado dañoso a los profesionales demandados”; la STS, Sala Primera de lo Civil, del 27 de mayo de 2010, señalando el Supremo que “es menester que exista un nexo de causalidad entre el incumplimiento de los deberes profesionales y el daño producido, y que éste sea imputable objetivamente, con arreglo a los principios que pueden extraerse del ordenamiento jurídico, al abogado”; finalmente, la STS, S. 1ª de lo Civil, del 14 de octubre de 2014, resolviendo que entre los requisitos para que exista responsabilidad profesional del abogados, será menester, entre otros extremos, que estemos en presencia de la “Existencia del nexo de causalidad, valorado con criterios jurídicos de imputación objetiva”. Ver estas últimas tres sentencias en: LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *ob. cit.*, págs. 20, 72, 77.

⁸²⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, pág. 721.

⁸³⁰ En este sentido se dijo claramente que “el hecho antecedente para ser causa del resultado debe ser idóneo en todas las etapas de la serie para la producción del resultado... Ahora bien, entre el hecho del agente imputado o demandado en un proceso judicial y el resultado, pueden mediar otras circunstancias que lleven a que concurran a un mismo efecto, o bien que por resultar inevitables e imprevisibles, desvíen la cadena de condiciones e impidan la atribución fáctica al sujeto agente. Todas estas situaciones se pueden dar en razón del: a) hecho de la propia víctima; b) hecho de un tercero, y c) el caso fortuito o la fuerza mayor”, conf. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial”, *cit.*, págs. 81 y 82. Allí puede verse el desarrollo de tales causales eximentes. En particular es dable resaltar que el accionar de la propia víctima puede considerarse que interfiere en la cadena causal o que colabora causalmente en el resultado dañoso. De allí que dicha responsabilidad puede ser excluida o limitada (art. 1729 nuevo C.C.C.). Es claro que como regla es suficiente el “hecho” del damnificado, no siendo necesaria su conducta culposa (o

Entonces, para que nazca la responsabilidad en cabeza del abogado, es necesario que se compruebe que su actuar imperito fue “causa” o mantiene una “relación de causalidad adecuada” con el daño irrogado al cliente⁸³¹ (lo mismo cuadra sostener si el daño se causa a un tercero⁸³²). Esto equivale a decir que no tiene relevancia la conducta imperita del letrado -en lo referido a la responsabilidad civil- si ésta no fue la que “causó” el daño⁸³³. “En suma, habrá que verificar si el eventual comportamiento diligente del abogado hubiera evitado el

dolosa), tal como la propia norma lo determina. Y si tal hecho constituye una “concausa”, pues allí el juzgador deberá reducir la indemnización en la medida de la incidencia causal que tuvo dicho comportamiento del propio reclamante. En cuanto al hecho de un tercero, cuando el mismo interrumpe la cadena causal adecuada, eximirá totalmente al sindicado como responsable, letrado en nuestro caso (art. 1731 del nuevo C.C.C.). Ahora bien, si se presentara un supuesto de “conurrencia” entre el hecho del tercero y el accionar del demandado (letrado), según el autor que seguimos, si bien dicha responsabilidad es “concurrente”, “el reclamado en el juicio debe afrontar la totalidad de la condena, pero la circunstancia referida le permite en una etapa posterior demandar -de acuerdo a la incidencia causal- lo que debe asumir el tercero”, *ob. cit.*, pág. 84. Sobre este punto no estamos de acuerdo y pensamos que el juez solo puede atribuir la responsabilidad al letrado únicamente en la medida de su efectiva participación en el evento que se le imputa. Recordemos que muchas veces las acciones de regreso (que aquí se propone), no se ejercitan en la práctica o pueden tener demasiados problemas (vg. la insolvencia de dicho tercero), que no deberían pesar sobre el demandado. Además, carecerá de “causa” dicha condena de “más”, por fuera del efectivo comportamiento imperito. De hecho, el mismo artículo 1731 del nuevo Código explícitamente dice que el hecho de un tercero puede eximir total o “parcialmente” de responsabilidad al sindicado como responsable. Por último, en lo que se refiere al *casus* genérico, sí estamos de acuerdo con el autor citado en tanto afirma que el caso fortuito o la fuerza mayor (art. 1730 del nuevo Código, no discutido por nadie que se tratan de sinónimos) pueden servir para interrumpir el nexo causal “y a veces también puede ser un caso de cocausación”, *ob. cit.*, pág. 85. En este último supuesto, aunque la ley no lo diga y en general la doctrina poco se ocupe, la responsabilidad deberá ser atribuida al letrado solo en la medida de su comportamiento, y restarle lo que corresponda a la órbita de la incidencia del *casus*. Supuesto singular, es cierto, pero que así debe resolverse en justicia. De hecho, el autor que seguimos señala que “de manera excepcional, el hecho fortuito puede concurrir con el accionar del demandado. Si bien la ley... no contempla la concurrencia en este supuesto, pienso que el mismo razonamiento (se refiere al hecho de la víctima o de un tercero) debe darse al caso fortuito o fuerza mayor. En todos los casos aparece una condición puesta por el agente que es idónea, al igual que el *casus*, para arribar al resultado dañoso. Ello impone el razonamiento y la afirmativa para considerar otro supuesto de concurrencia”, *ob. cit.*, pág. 86.

⁸³¹ Por supuesto que este requisito es indispensable. En este sentido se ha resuelto que “debe rechazarse la demanda de daños y perjuicios que se basa en la negligente inacción del letrado que originó la caducidad de un juicio seguido en representación del actor, si no se acredita el nexo causal entre su conducta y el daño sufrido, porque en la especie el daño -en un juicio por accidente de tránsito, pérdida de la chance que se concretó al dejarse perimir el juicio por no interponerse los recursos pertinentes- ocurrió luego de haber transcurrido un año desde que el letrado había renunciado al poder otorgado con el fin de llevar la mencionada causa”, conf. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala 1, 27-12-2002, “Castaño, Raúl R. y otra c/C., F.”, *La Ley Litoral*, 2003 (septiembre), 1003, fallo compilado por PREVOT, Juan Manuel, *ob. cit.*, n° 2038, págs. 458 y 459. No obstante mencionarse en dicha sentencia que no debe progresar la demanda por falta de la acreditación de la relación de causalidad, sin dudas que en la especie tampoco aflora ningún incumplimiento imputable al profesional -a título de impericia-, lo que determinaría, en nuestra concepción, el rechazo de plano de la pretensión contra el abogado. Solo la mencionamos como ejemplo para resaltar la importancia y la necesidad de contar con el nexo causal adecuado entre la conducta reputada imperita del profesional y el daño irrogado al cliente.

⁸³² Respecto del daño que se causa a un tercero por un consejo profesional imperito recomendamos la obra de FRADES DE LA FUENTE, Eva, “*La responsabilidad profesional frente a terceros por consejos negligentes*”, Dykinson, Madrid, 1999. En ella se aclara que los “requerimientos causales” exigidos en estos casos de responsabilidad *extracontractual* (como todo daño generado a un “tercero”, vg. el perjuicio sufrido por el abogado que defiende a la contraparte, la misma contraparte, etc.) deberán endurecerse, puesto que las cadenas causales en tales situaciones son tenues y difusas, ya que la pérdida no resulta directamente de un acto del profesional, siendo consecuencia directa de un comportamiento del propio perjudicado, quien confió en la opinión del experto, amén de la existencia de otros factores que pueden influir. Por ello, concluye, “los test de causalidad e imputación objetiva aplicables a estos casos habrán de ser más estrictos, semejantes a los aplicados en el Derecho contractual”, *ob. cit.*, págs. 200 y 201.

⁸³³ Para graficar lo mencionado en el texto, citaremos un fallo en el que se sostuvo que independientemente del reproche ético aplicado por el tribunal de disciplina, no corresponde “responsabilizar al abogado por la pérdida de un pleito laboral si en el caso concreto no se acreditaron los elementos necesarios de la responsabilidad civil, en particular, el daño *en nexo causal adecuado* con la conducta desplegada por el letrado”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, L. J. A. c. T., J. D., 07/07/2005, *La Ley*, 2005-E, 495, también recopilado por SCHWARZBERG, Carlos, PENNINO, Luis, “Responsabilidad civil del abogado”, *RCyS*, 2009-VII, págs. 28 y s.s. La cursiva es nuestra. En idéntico sentido se ha dicho con acierto que “La conducta imputable a título de dolo o culpa es, en principio, necesaria, pero insuficiente, pues para que nazca el deber de reparar, este accionar debe ser la causa adecuada del daño. Así, por ejemplo, aún cuando el abogado del deudor demandado no haya contestado la demanda por negligencia manifiesta, no deberá responder por los montos condenados si su cliente efectivamente los debía”, conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, pág. 721.

acaecimiento del daño”⁸³⁴. Ello quiere decir que “el abogado no es responsable si el perjuicio igualmente se hubiera producido”⁸³⁵.

Ello, para imputarle el daño, amén de la constatación de los demás requisitos responsabilizatorios⁸³⁶ que permitan completar el círculo de la responsabilidad civil profesional⁸³⁷.

2) La causalidad como *límite* de la responsabilidad civil.

Afirmamos recién que es necesario que exista una relación de causalidad adecuada⁸³⁸ -o nexos causal eficiente, si se quiere- entre la conducta del profesional del

⁸³⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, pág. 721.

⁸³⁵ Conf. COMPIANI, María Fabiana y STIGLITZ, Rubén S., “De algunas responsabilidades profesionales y su cobertura asegurativa”, *cit.*, págs. 205 y s.s. Debemos agregar que los citados autores, si bien comparten el criterio general que sostiene que la prueba de la relación de causalidad adecuada recae sobre el damnificado, también señalan que ello es así salvo los supuestos de “presunción de causalidad”, donde el sindicado como responsable -el letrado en nuestro caso- “es quien debe demostrar la inexistencia de vínculo causal para poder eludir la responsabilidad, es decir acreditar que el daño provino de otra causa ajena con relación a él; por ejemplo, un caso fortuito, el hecho de un tercero extraño, el comportamiento de la propia víctima. Esto es lo que acontece en los distintos casos de responsabilidad objetiva y en las denominadas obligaciones de resultado”, *ibidem art. cit.* Por nuestra parte, si bien señalamos que la regla del *onus probandi* que implica cargar sobre las espaldas del cliente la demostración de la relación de causalidad entre la impericia imputada y el daño generado admite la inversión en casos donde la ley así lo prescriba (impute o presuma, dice el art. 1736 del nuevo Código argentino) o cuando las partes así lo pactaren (que al fin y al cabo es lo mismo), no estamos contentos con presunciones “genéricas” de causalidad o autoría. Nos parece poco feliz prescindir de este presupuesto básico de la responsabilidad civil. Por eso no nos convence la teoría de la causalidad virtual desarrollada por algunos autores en el Derecho francés, o las presunciones de causalidad o la “probabilidad” de la existencia de la relación de causalidad. Insistimos, se debe aplicar la regla *-incumbit probatio ei qui dicit non qui negat; onus probandi incumbit actore-* salvo que las partes o el legislador dispongan otra cosa, puesto que allí ya tendríamos una “ley previa” que distribuye de antemano la carga probatoria de los eventuales litigantes. Respecto de la regla *res ipsa loquitur* son los propios hechos los que hablan, los que gritan y acreditan la relación causal adecuada; no es que se renuncie a la misma, o que se la presuma invirtiendo la regla probatoria, sino simplemente que la tarea estará cumplida probando esos hechos que a su vez demostrarán la causalidad en el caso de que se trate. Claro que tampoco compartimos que se sostenga que en los casos de responsabilidad objetiva o de obligaciones de resultado se presuma la relación de causalidad entre la conducta imperita y el perjuicio irrogado.

⁸³⁶ Con igual parecer enseñó Trigo Represas que la falta de cualquiera de los presupuestos del deber de resarcir, incluido la relación de causalidad entre el obrar del profesional y el daño originado, habrá de determinar, obviamente, que no exista en el caso responsabilidad civil alguna, aunque va de suyo que establecer cuando se produce el fraccionamiento de un nexo causal, constituye una cuestión fáctica a dilucidarse en cada caso que se plantee. “De otra parte se ha entendido igualmente, que falta la conexión causal adecuada, cuando está claro que la omisión del abogado resultó irrelevante y no fue causa del perjuicio, por cuanto el proceder diligente tampoco habría podido modificar la resolución desfavorable del litigio; como ocurre si, por ejemplo: pese a no haberse contestado una demanda o deducido un recurso, la condenación al cliente resultaba de todas formas inevitable, atento a que el mismo era realmente deudor de lo que se le reclamaba y resultaba por lo tanto procedente el cobro intentado en su contra; o si no se interpuso una apelación o no se impugnó una liquidación, dado que no siempre tenemos la obligación de apelar, no siempre la obligación de negar la autenticidad o de impugnar una liquidación. No siempre estas conductas generarán daño a nuestro cliente, es el caso de las conductas (u omisiones) inocuas”, conf. TRIGO REPRESAS, Félix A., “La exigencia de un nexo adecuado de causalidad entre el obrar profesional y el daño, como recaudo de la responsabilidad civil del abogado”, *RCyS*, 2006, págs. 562 y s.s.; ver también: AROZA, José M., “Aspectos de la responsabilidad civil de los abogados”, *LLBA*, 2003, págs. 1103 y s.s., quien nos remarca justamente que el abogado no tiene la obligación de apelar siempre, o de impugnar una liquidación o atacar de nulidad un contrato, puesto que muchas de esas conductas -u omisiones- son precisamente “inocuas”. Compartimos cabalmente tales afirmaciones. A lo largo de nuestra tesis hemos resaltado la necesidad de constatar inexorablemente los requisitos o elementos de la responsabilidad civil para que pueda resultar atribuible el daño al profesional imperito. De hecho, dichos requisitos no son más que términos o extremos que se conectan y que están en constante relación formando esos mentados elementos responsabilizantes. Además, los ejemplos que brindan los autores citados, tomados de la vida real -el derecho vivo, tal la jurisprudencia-, son un simple reflejo de lo que venimos sosteniendo. Nos agrada que expresen que “no siempre tenemos obligación de apelar”, justamente esa es nuestra postura cuando tratamos ese tema. Por otro lado, es claro que si con una “conducta alternativa conforme a derecho” el profesional no hubiera podido evitar el perjuicio que igualmente se producirá a su cliente (vg. perder el pleito, no lograr modificar una sentencia adversa, etc.), pues el mismo no podría ser jamás tenido como responsable -el caso de las conductas inocuas-, pues se nos caería, en puridad, todo el sistema responsabilizatorio, principalmente la necesidad de constatar una relación de causalidad adecuada entre la conducta reputada en disconformidad con los principios que dimanen de la *lex artis* aplicados al caso concreto *-ad hoc-* y el supuesto daño generado al cliente.

⁸³⁷ Para cotejar la necesaria relación de causalidad que debe existir entre el daño más común alegado en nuestra materia -pérdida de chances- con la conducta imperita del letrado, recomendamos el trabajo de LOVECE, Graciela, “La pérdida de chance confrontada con la relación adecuada de causalidad”, *cit.*, pág. 224. Remitimos al capítulo siguiente en donde tratamos esta cuestión junto al análisis detallado de ese peculiar perjuicio.

⁸³⁸ La doctrina mayoritaria argentina pregona que Vélez siguió la teoría de la causalidad adecuada, y que tal posición fue reafirmada por la reforma producida por ley 17.711 en el año 1968 (art. 906 del Código Civil -

Derecho reputada imperita y el perjuicio originado a su contratante (lo mismo cuadra decir si el perjuicio lo reclama un tercero). Ahora bien, como ya nos planteáramos, ¿hasta dónde debe responder este sujeto? Es decir ¿de qué tipos de daños debe hacerse cargo? ¿Qué clases de consecuencias derivadas de su obrar tiene el deber legal de indemnizarlas? Estas preguntas corresponden al ámbito de la segunda función que tiene atribuida la causalidad, siendo tal fijar el límite o extensión del resarcimiento.

Evidentemente la cuestión atinente al *quantum respondeatur*, o sea hasta qué tipos de consecuencias debe endilgársele al abogado imperito, se resuelve teniendo presente los diversos ordenamientos jurídicos -específicamente contemplados en los Códigos Civiles o Civiles y Comerciales- de los distintos sistemas de que se trate. No obstante, compartimos la idea del estimado profesor CASIELLO en tanto afirma que el ‘marco grande’ que configura la causalidad propia del mundo jurídico tiene que atenerse a dos principios rectores: la previsibilidad del resultado y la culpabilidad del agente y tales principios “deberán respetarse, pues son los propios del derecho natural, y de la idea común de justicia”⁸³⁹.

Como premisa general no nos cansaremos en advertir que siempre la eventual responsabilidad civil de un profesional del Derecho frente a su ex cliente derivada de una mala práctica de aquél, ha de regirse por los principios de naturaleza contractual⁸⁴⁰. Esto es de suma importancia en aquellos países que aún hoy mantienen la dualidad responsabilizatoria contractual/extracontractual. También debemos tener presente lo expresado por el legislador argentino del siglo XIX en el artículo 1107 del Código Civil (la supuesta “opción”), en tanto afirmó que cuando de una relación convencional se “degenere en delito criminal” han de aplicarse a esa situación los principios del régimen extracontractual cuasidelictual⁸⁴¹. Para estos temas derivamos al lector a los capítulos primero y tercero.

Ahora nos parece oportuno estudiar, siquiera en forma somera, lo resuelto en los principales sistemas legales objeto de nuestra investigación. Para ello comenzaremos por lo dispuesto en el ordenamiento argentino (tanto lo predicado por Vélez, cuanto lo determinado por el nuevo Código Civil y Comercial) y luego miraremos con más detenimiento al ordenamiento jurídico español con breves referencias al francés y al italiano.

norma que al excluir el resarcimiento de las consecuencias remotas expresamente alude al “nexo adecuado de causalidad”). Por ejemplo, dijo nuestro estimado amigo Edgardo LÓPEZ HERRERA que “El Código de Vélez se caracterizaba por tener una teoría de la causalidad de los actos jurídicos en general, que se aplicaba en la responsabilidad civil. Estaba inspirada en el *Landrecht* de Prusia. Si bien el código original no mencionaba a la causalidad adecuada, la doctrina concordaba en que era la que el código había establecido. Los elementos fundamentales de la causalidad adecuada, como ser la regularidad y la previsibilidad, están presentes de manera explícita. El art. 901, cuando hablaba de lo que ‘acostumbra suceder de acuerdo al curso normal y ordinario de las cosas’, quería decir regularidad, normalidad del acto. Y el art. 901, cuando decía lo ‘que no puede preverse’, estaba consagrando a la previsibilidad en abstracto como parámetro a seguir para determinar la causalidad. Luego si quedaban dudas sobre la teoría seguida por el Código, la cuestión ha sido clarificada por la ley 17.711 al reformar el art. 906 y hablar de que consecuencia remota es la que no tiene ‘con el hecho ilícito nexo *adecuado* de causalidad”, conf. LÓPEZ HERRERA, Edgardo, comentario a los artículos 1708-1762 en RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (Directores), ESPER, Mariano (Coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo IV, cit.*, págs. 1036 y 1037. También en esta línea se ha dicho que “el sistema elaborado por Vélez y tomado del ‘Landrecht Prusiano’ pareciera coincidir con la tesis de la causa adecuada; cuestión que aclara y acentúa la reforma mencionada (se refiere a la ley 17.711) del año 1968. Ahora bien, el nuevo régimen no tiene diferencias notables con el anterior”, conf. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial”, *cit.*, pág. 76.

Ahora bien, no deja de llamar la atención que el magnífico codificador elaboró su Proyecto en el año 1865 para después presentarlo al Congreso (1867), habiéndose sancionado el mismo en el año 1869 para entrar en vigencia el primero de enero de 1871. Y, como vimos con antelación, la doctrina mentada recién es elaborada por los aportes de Von Bar y perfeccionada por Von Kries, en los años 1871 (o 1881) y 1888. Vale decir que no obstante la adscripción a sus principios elementales, ellos aún no estaban en conocimiento concreto del eximio jurista argentino, máxime por las distancias e idiomas comprometidos (alemán). El nuevo Código, claro está, adhiere sin mayores reparos a esta teoría (art. 1726), aunque establece una regla singular para los casos de incumplimientos contractuales en el art. 1728 que estudiaremos *infra*.

⁸³⁹ CASIELLO, Juan José, “La extensión del deber de reparar en la responsabilidad profesional”, en *Las responsabilidades profesionales, libro homenaje al Dr. Luis A Andorno, cit.*, pág. 164.

⁸⁴⁰ Con criterio semejante, entre otros: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 5 ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1987, págs. 440 y 441; CASIELLO, Juan José, “La extensión del deber de reparar en la responsabilidad profesional”, en *Las responsabilidades profesionales, cit.*, págs. 172 y 173; HIGHTON, ELENA I., “Responsabilidad médica. ¿Contractual o extracontractual?”, *Jurisprudencia Argentina*, 1983-III-659; PARELLADA, Carlos A., *ob. cit.*, págs. 65 y 66; TRIGO REPRESAS, Félix A., *Responsabilidad civil del abogado*, 2ª reimposición de la 1ª edición, Hammurabi, Bs. As., 1996, págs. 122 y s.s.; VISINTINI, Giovanna, *Tratado de la responsabilidad civil, t. I, cit.*, pág. 321.

⁸⁴¹ Ver, nuestra *Visión crítica a las cuestiones centrales de la Responsabilidad Civil, cit.*, cap. II, págs. 69 y s.s.

2.1. Sistema argentino. El Código Civil de Vélez y el nuevo Código Civil y Comercial.

En lo referido a la extensión del deber de responder del abogado en el sistema argentino ideado por Vélez Sársfield se deben tener presente estas reglas:

I) Antes que nada, no debemos perder de vista que muchos principios generales sobre el tema los encontraremos en el título que trata “de los hechos” que corresponde a la sección segunda de la segunda parte del libro segundo del Código Civil. Específicamente debemos tener presente los artículos 901 al artículo 906.

II) Concretamente en materia de responsabilidad civil de naturaleza contractual, tal como la que tratamos, las disposiciones referidas al *quantum respondeatur* se encuentran divididas según los daños e intereses a indemnizar traten sobre “obligaciones que no tienen por objeto dar sumas de dinero”, o justamente que tengan tal objeto. Pues para las obligaciones que tengan por objeto dar sumas de dinero se aplica la normativa contenida en el capítulo cuarto, del título séptimo, del libro segundo, en su sección primera, esto es de los artículos 616 al 624 inclusive.

III) Y por fin llegamos a lo que nos interesa. La responsabilidad civil del profesional del Derecho estaba contemplada, tácitamente contemplada diríamos, en cuanto a las consecuencias que deben correr por cuenta del letrado de cara a su cliente, en el título tercero, de la sección primera, del libro segundo. En concreto se debe acudir en este crucial tema a los artículos 519 al 522 de ese cuerpo legal.

Ahora bien, de esas disposiciones legales podemos determinar que:

a) El abogado que actúa culposamente y causa un daño derivado de su mala práctica al cliente responde de los daños irrogados sólo en la medida que fueren “*consecuencia directa y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación*” (conforme al artículo 520 del mentado Código Civil).

b) Asimismo, “*Si la inexecución de la obligación fuese maliciosa*”, debe brindar respuestas patrimoniales el letrado -además de los daños que sean consecuencia directa y necesaria- de aquellos perjuicios que constituyan consecuencias *mediatas* (conforme al artículo 521 Código Civil⁸⁴²).

c) Además, en este dispositivo legal se contempló (en la reforma propiciada por ley 17711) la “*facultad*” que tienen los jueces para condenar a reparar el “agravio” moral contractual, “*de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso*” (conforme al artículo 522 del Código Civil).

d) Por último, no debemos olvidarnos que estamos en presencia de un daño causado por un profesional y “*Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posible de los hechos*” (según el artículo 902 del Código Civil de Vélez).

Por cierto que ya insistimos demasiado a lo largo de esta tesis que la relación que se forma entre el cliente con su abogado es una de aquellas basadas en la *bona fides* -que algunos le llaman contrato *intuitu personae*⁸⁴³- porque se tiene presente la consideración

⁸⁴² Es sabido que Vélez Sársfield se apartó del Código napoleónico (originarios arts. 1150 y 1151) al regular la extensión del resarcimiento debido por quien incumple la obligación, por ello no se menciona, en esas normas, a la “previsibilidad” como sí lo hace el Código francés, tal como se resaltaré más adelante. Es que Vélez siguió en este tema (al igual que en otros tantos) al Proyecto de García Goyena de 1851 (art. 1016). Lo llamativo es que el Código español de 1889, cuya modificación en lo relativo a las Obligaciones y Contratos está en pleno debate parlamentario, siguió al Código napoleónico (art. 1107). En razón de ello el derogado Código de Vélez extendía la responsabilidad en el deudor culposo, a las “consecuencias inmediatas y necesarias”, sin alusión alguna a la previsibilidad. Entre tantos autores, ver: PITA, Enrique Máximo, “La indemnización del lucro cesante y de la pérdida de chance. Delimitación del daño resarcible”, en *Revista de Derecho de Daños, 2015-2. Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, pág. 215, cita 52.

⁸⁴³ Ver, por todos, CASADO DÍAZ, Susana, “Jurisprudencia relativa a la responsabilidad civil de los Abogados (1996-1998)”, *cit.*, pág. 1772; SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La Responsabilidad Civil del Abogado, ob. cit.*,

"

especial de la persona del deudor -letrado-. Ello por regla, por más que hoy asistamos a un verdadero *intuitu empresarial*, tal como lo explicamos en el capítulo segundo. Entonces, al ser este un contrato que supone una confianza especial, “*se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes*” (conforme al artículo 909 del Código Civil).

Pues bien, corresponde que hagamos un breve desarrollo de los temas recién planteados bajo la óptica del Código de Vélez. Para ello nada mejor que comenzar por determinar los distintos tipos de consecuencias -daños- que se determinaron, al menos legalmente, en la República Argentina.

Al respecto VÉLEZ definió cuatro clases de consecuencias, a saber: las inmediatas, mediatas, casuales y remotas.

Por *inmediatas* ha de entenderse a “*aquellas consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso normal y ordinario de las cosas*” (conf. artículo 901 del Código Civil).

A su turno, “*las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman consecuencias mediatas*” (conf. artículo 901 del Código Civil).

En cuanto a las consecuencias mediatas, debemos resaltar que existen aquellas que pueden ser previstas, o al menos que son previsibles, y aquellas que no lo son. Pues “*las consecuencias mediatas que no pueden preverse, se llaman consecuencias casuales*” (conf. artículo 901 del C. C.).

Por último, las consecuencias *remotas* son aquellas que están más alejadas “causalmente” de la conducta antijurídica que se imputa al agente. Por ello se determinaba en el Código Civil argentino que en ningún caso son imputables estas consecuencias, debido a “*que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad*” (según el artículo 906 del Código Civil de Vélez).

Entonces, ya sentado que el letrado que ocasiona un daño en razón de conducirse imperitamente en su área propia responde de las consecuencias “inmediatas y necesarias” que deriven de su obrar antijurídico, la pregunta que se nos plantea es la siguiente ¿porqué el agregado de un requisito más -consecuencia necesaria- que se suma a la característica que ha de ser consecuencia “inmediata” el daño a reparar por el contratante incumplidor? Nótese que esta “supuesta” restricción causal sólo funciona específicamente en el ámbito contractual y en tanto el deudor haya obrado culposamente. ¿Acaso es lo mismo consecuencia necesaria que consecuencia inmediata, o son dos requisitos distintos del daño “legalmente” indemnizable?

Pero no se crea que esta situación sólo se presentó en el Derecho argentino. Para nada. Por ello volveremos con este tema cuando veamos lo resuelto por el legislador español con alguna referencia a los ordenamientos francés e italiano. De todas formas, en el sistema argentino ideado por el codificador del siglo XIX, si se tiene en consideración lo determinado en los arts. 902 y 909 del Código Civil, salta a la vista que el sindicado como responsable no tan sólo responderá de las consecuencias inmediatas y necesarias, pues a un profesional le es dable reprocharle también las consecuencias mediatas, al menos las previsibles. Ni hablar si actúa dolosamente, caso en el cual se le imputarán aún más consecuencias como lo veremos *infra*.

Ahora veamos cómo está regulada esta cuestión crucial en el nuevo Código Civil y Comercial, para luego determinar algunas reglas teniendo en consideración el nuevo ordenamiento, que en este punto en especial no se distancia demasiado del Código de Vélez, aunque establece algún principio que no se acomoda del todo a la tradición argentina. Veámoslo.

págs. 127 y s.s.; TRIGO REPRESAS, Félix A., “Falta de legitimación ‘ad causam’ del actor y responsabilidad civil del abogado”, *La Ley*, 2007-B, págs. 570 y s.s.

En el nuevo Código, también en lo concerniente a la “extensión” del resarcimiento, deben ponderarse en primer término las clases de consecuencias implicadas (inmediatas, mediatas, casuales y “remotas” -de las cuales no se responde nunca-), el régimen de responsabilidad de que se trate (contractual o extracontractual) y, aunque no siempre, el tipo de factor imputativo involucrado (dolo, culpa, e incluso algún factor atributivo objetivo -criterio objetivo que descartamos en este ámbito específico-).

A grandes rasgos se puede concluir que en la órbita extracontractual se responde más que en el sistema contractual, puesto que el autor culposo responderá de las consecuencias inmediatas y mediatas en este nuevo régimen. Compenetrarnos en el tema ahora excede nuestra finalidad, pero es claro que el nuevo ordenamiento no establece como regla general que responda más el deudor doloso que aquel que incurre en culpa (o que esté sujeto a algún factor objetivo de atribución). No obstante, en el régimen contractual sí se establece alguna distinción (conf. art. 1728) que debería haber sido genérica para castigar las conductas abiertamente reñidas con la moral y la ley (nos referimos a la mala fe y al dolo)⁸⁴⁴.

Ahora bien, corresponde reproducir los artículos del nuevo Código Civil y Comercial argentino para entender (o al menos intentar entender) el novel sistema. Dice al respecto el artículo 1726, que se refiere a la “relación causal”, que “*Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles*”. Como puede apreciarse esta norma lo que hace en su primera parte es confirmar la adscripción del sistema argentino a la teoría de la causalidad adecuada. Además, determina, en general, las clases de consecuencias por las que se debe responder. Vale decir que se ocupa de ambas funciones de la causalidad en la responsabilidad civil antes referidas.

A su turno el artículo 1727 alude a los “tipos de consecuencias”, disponiendo que “*Las consecuencias de un hecho que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código consecuencias ‘inmediatas’⁸⁴⁵. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman consecuencias ‘mediatas’⁸⁴⁶. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman consecuencias ‘casuales’⁸⁴⁷.*” Esta norma⁸⁴⁸, como puede observarse con

⁸⁴⁴ Con sentido parecido se ha dicho que “En el texto de la nueva ley se prescinde de las consecuencias casuales. Solamente se alude a ellas al final del artículo 1727, para definir las como aquellas que no pueden preverse, y ello porque obedecen a la casualidad, a lo azaroso, o a lo fortuito. Como regla general está bien y responde acertadamente a la concepción ya indicada, ya que ante la ausencia de nexo causal no es posible imputar dichos efectos o consecuencias. El Código anterior en los artículos 905 y 906, en su texto originario antes de la reforma de la ley 17.711, establecía las excepciones que permitían ante hechos ilícitos precedentes atribuir las consecuencias casuales al sujeto que había cometido un delito. En mi parecer, debió mantenerse la solución que diera Vélez a esa especial situación, e indicarla como un principio general”, Conf. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial”, *cit.*, pág. 80.

⁸⁴⁵ “Las consecuencias inmediatas, aparecen como el resultado directo de la acción originaria e idónea para hacerla surgir. Lo inmediato es lo contiguo, o muy cercano, aquello que sucede en seguida. Es importante lo que señala Brebbia: el concepto de inmediato entre el hecho y su consecuencia no es de orden cronológico, sino lógico... Este tipo de consecuencias son las que normalmente acaecen ante un hecho determinado”, conf. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial”, *cit.*, pág. 77.

⁸⁴⁶ Dijo Compagnucci de Caso respecto de las consecuencias mediatas que “son aquellas en las que el hecho originario se une a otro y ambos se vinculan para producir el resultado que realiza el agente con otro distinto. Para juzgar la presencia de una consecuencia mediata, debe tenerse en cuenta que siempre debe ser previsible”, conf. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial”, *cit.*, págs. 77 y 78.

⁸⁴⁷ “Las consecuencias casuales son las mediatas imprevisibles. Es lo causal o lo azaroso o lo que no se puede prever. Tienen relación causal adecuada o suficiente con el hecho antecedente, porque sino carecerían de la cualidad de ser ‘consecuencias’. De allí sostiene bien Salvat que éstas son las mismas consecuencias mediatas ‘cuando no pueden preverse’”, conf. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial”, *cit.*, pág. 78.

⁸⁴⁸ Sobre este artículo se ha dicho, reiteramos este concepto, que para llevar a cabo la determinación de las consecuencias asumibles se formula un análisis de la previsibilidad “pero el mismo se hace *in abstracto* y *ex post facto*. El parámetro adoptado por la norma para medir las consecuencias resarcibles está referenciado porque son las que ‘acostumbran suceder según el curso natural y ordinario de las cosas’. A partir de ello, quien analice las consecuencias debe examinar la mayor o menor probabilidad de que las secuelas derivadas del suceso dañino sucedan conforme a la experiencia social del momento. En otras palabras, si es habitual, frecuente, reiterado o rutinario que de un cierto tipo de hecho acontezca determinada consecuencia, se debe concluir que era previsible. En la medida en que se vaya diluyendo la posibilidad de prever la consecuencia por la injerencia de acontecimientos distintos, la relación causal perderá inmediatez con el hecho dañador. En

nitidez, no hace otra cosa que seguir las definiciones que ya se encontraban en el Código de Vélez, no mencionando a las consecuencias “remotas” de las cuales jamás se respondía, puesto que “no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad” (conf. al art. 906 del derogado Cód. Civil, según ley 17711).

Finalmente, un artículo clave es el 1728, el cual hace referencia a la “previsibilidad contractual”, determinando que “*En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento*”.

Esta norma desconcierta un poco pues establece reglas que dejan al descubierto que existe aún en la nueva legislación importantes diferencias entre el ámbito contractual respecto del extracontractual. Además, si se mira con atención, cambia la doctrina sostenida por el anterior Código, enseñada por la doctrina y aplicada por la jurisprudencia. Nos referimos a que, *prima facie*, ahora puede llegar a responderse más en el ámbito contractual que en supuestos donde no se vincule la responsabilidad con un acuerdo convencional incumplido (o con sus “implicancias” descritas en el capítulo anterior). Al menos ello resultará así cuando el incumplidor actúe con dolo (o culpa grave), o cuando las mismas partes hayan previsto en el momento de la celebración del contrato que el incumplidor responda de consecuencias o daños que normalmente no estarían a su cargo. Antes se respondía más en el sistema extracontractual (aunque entendemos que lo que sostenemos es “relativo”). Pero intentemos un poco entender dicha “nueva” disposición legal.

Por de pronto diremos que esta norma sigue las enseñanzas de POTHIER⁸⁴⁹ (quien a su turno siguió la doctrina de Molineo o Dumoulin, y éste a Paulo). De hecho, el Código napoleónico (antes de la reciente reforma) establecía reglas “parecidas” en los arts. 1150 y 1151, principios que sirvieron de fuente a los sistemas italiano y español, entre otros (ya hablaremos del art. 1107 del Código español)⁸⁵⁰. Además, se ha señalado que esta norma se inspira en distintos documentos internacionales, propuestas de unificación y proyectos de modificación de la codificación civil⁸⁵¹.

función del nivel de previsibilidad de las consecuencias la ley entiende que son resarcibles: las consecuencias inmediatas, las mediatas previsibles y las causales (*six* casuales) cuando así lo disponga la ley. Y, no son resarcibles, las consecuencias mediatas no previsibles o causales (*six* casuales)”, conf. ALFERILLO, Pascual E., comentario al artículo 1727 del nuevo Código en ALTERINI, Jorge H. (Director general), ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, tomo VIII, cit.*, págs. 117 y 118.

⁸⁴⁹ En efecto, decía el ilustre jurista que “Es necesario, sin embargo, no someter el deudor a indemnizar al acreedor de todas las pérdidas indistintamente que le haya ocasionado el incumplimiento de la obligación, y menos todavía a todas las ganancias que el acreedor hubiese podido hacer, si el deudor hubiese satisfecho su obligación. En este punto es necesario distinguir diferentes casos y diferentes especies de daños; y aun es necesario, según los diferentes casos que pueden presentarse, poner una cierta moderación en la fijación y estima de aquellos que son debidos”, conf. POTHIER, Roberto José, *Tratado de las Obligaciones*, traducido al español con notas de derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores, parte primera, Barcelona, Imprenta Roger, 1839, n° 160 págs. 95 y s.s. Con este texto nos manejaremos en la presente tesis, más que nada por su valor histórico. Empero, existe además una excelente traducción -de fácil acceso- realizada por M. C. de las Cuevas, tomando la edición francesa de 1824 dirigida por Dupin, editado por Eliasta S.R.L., libro de edición argentina -impreso en San Pablo, Brasil-, 1993, n° 159 y s.s., págs. 91 y 92. En fin, puede consultarse también la edición de 1947 realizada por la Editorial Atalaya, Buenos Aires, n° 159 y s.s., págs. 91 y s.s., también la corrige y revisa M. C. de las Cuevas tomando la versión directa del *Traité des Obligations* según la edición de 1824.

⁸⁵⁰ Ya señalamos ello en nuestro trabajo “Cuestiones generales de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial”, *Revista de Anales de Legislación Argentina*, Luis F. P. Leiva Fernández (Director), Año LXXV, n° 27, octubre de 2015, La Ley, Buenos Aires, pág. 176.

⁸⁵¹ En efecto, remarcó PITA que “la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de Mercaderías (1980, elaborada en el seno de las Naciones Unidas por la Comisión Uncitral, adoptada por Argentina en 1983, por ley 22.765), prescribe que ‘La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de las ganancias dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera de haber previsto en el momento de celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de los que tuvo o debió tener conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato (art. 74)’. Los Principios de Unidroit (elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Roma) prescriben que ‘La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto o que razonablemente podría haber previsto al momento de la celebración del contrato como consecuencia probable de su incumplimiento’ (art. 7.4.4). Asimismo, los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PECL, Principios Lando) disponen que ‘La parte incumplidora solamente es responsable de las pérdidas que se hubieran podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como una consecuencia probable del

La regla de este artículo 1728 tiene un sentido muy claro que en los “Fundamentos” del que fuera el Proyecto se especifica. Así: 1) su ámbito de aplicación son los contratos (a diferencia de la redacción del original Código Civil que, como vimos recién, la establecía “para los daños e intereses de las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero” - art. 520-); 2) esta regla se aplica cuando las partes negocian el precio y, para fijarlo, necesitan conocer los riesgos que asumen; cuanto mayor información y seguridad exista en ese momento, menor será el precio, y viceversa, con claro beneficio para el conjunto de la sociedad⁸⁵²; 3) se hace la excepción en el caso en que exista dolo, respetando la tradición (y constituyendo un claro acierto, desde nuestra óptica); 4) no se aplica a los contratos de consumo⁸⁵³.

incumplimiento, salvo que el incumplimiento fuera intencional o gravemente negligente’ (art. 9.503). Finalmente la propuesta de modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos establece al respecto que ‘El deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento; pero si éste no hubiera sido doloso, sólo responderá de los daños que se hubieren previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato’ (art. 1208). Como se encarga de destacarlo los Fundamentos del nuevo Código Civil y Comercial, la solución adoptada por su artículo 1728 se inspira en la jurisprudencia inglesa que recoge la regla, luego adoptada por los documentos ya citados, y que, en definitiva, aplica en el ámbito del *common law* una solución que es común al Derecho continental, a partir de la previsión contenida en el art. 1150 del Código Civil francés, seguida por el Código Civil español (art. 1107)”, conf. PITA, Enrique Máximo, “La indemnización del lucro cesante y de la pérdida de chance. Delimitación del daño resarcible”, en *Revista de Derecho de Daños, 2015-2. Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, págs. 214 y 215. Allí también el citado jurista nos pasa nota de los precedentes ingleses más importantes en la materia, siendo éstos: “Hadley vs. Baxendale” del año 1854 y “Victoria Laundry vs. Newman Industries”, del año 1948. El primer caso se trataba de una propietaria de un molino (actora) quien encargó a la demandada -empresa de transporte- el traslado a un taller para la reparación de un eje. Dicha empresa demoró varios días en hacer la entrega y el actor demandó los beneficios de los que se encontró privado por dicha demora. En ese caso el Tribunal denegó el resarcimiento sosteniendo que sólo se indemnizan los daños que razonablemente pueden ser contemplados por ambas partes al momento de la celebración del contrato, lo que no acontecía con el daño reclamado en ese proceso. El segundo precedente ya diferencia dos tipos de daños probables, aludiendo separadamente a las consecuencias que las partes efectivamente previeron de aquellas que debieron haber previsto. El caso versaba sobre una compra, por una empresa de lavandería y tintorería, de una nueva caldera para ser instalada en dicho negocio. Como la parte demandada -empresa dedicada a ese rubro, obviamente- se demoró en la entrega, los comitentes reclamaron los beneficios “extraordinarios” que pensaban obtener de un contrato especialmente ventajoso celebrado con el Estado, al que proyectaron afectar la caldera en cuestión. El Tribunal, con buen criterio, reconoció sólo los beneficios que la “explotación ordinaria” de dicha caldera hubiera generado, pero no el “lucro extraordinario” que pensaban obtener del contrato con el Estado que era desconocido por los demandados.

⁸⁵² Sobre esta cuestión se ha dicho claramente que “La explicación jurídica-económica de limitar la responsabilidad del deudor a los daños previstos o previsibles se sustenta en que la decisión de celebrar un contrato -así la decisión de comprar o vender por un determinado precio- descansa en un cálculo de coste-beneficio, más o menos consciente, de cada una de las partes contratantes, siendo uno de los costes a tener en cuenta el relativo al riesgo de que se produzcan una serie de daños a consecuencia del incumplimiento. Si el contratante incumplidor hubiere contemplado el riesgo de producción de dichos resultados dañosos no habría ofrecido, por ejemplo, vender al precio en que lo hizo, sino que habría exigido un precio mayor, en la medida del coste para él de administrar dicho riesgo, previniéndolo, asegurándolo o soportándolo (autoasegurándolo). Y de haber estimado el comprador que el incremento de precio exigido por el vendedor excedía del coste para él de administrar, previniéndolo, asegurándolo o soportándolo, el riesgo de daño de que se trata, la compraventa se habría celebrado por el mismo precio en que se realizó, pero exonerándose expresamente al vendedor de responsabilidad por los resultados dañosos en cuestión. De los casos reseñados (citados en la nota anterior) y de lo dispuesto en el art. 1728, CCC, se infiere que la previsibilidad como criterio delimitador del daño indemnizable en materia contractual se proyecta en dos planos diferentes: a) los daños que pueden haberse previstos al momento de contratar, o sea los que razonablemente surjan del incumplimiento del contrato, de manera natural, es decir, conforme al curso ordinario de las cosas, reglas que se formulan en términos de pura causalidad, y b) los daños que las partes previeron, o sea los *consequential damages*, que son indemnizables si han sido objeto de especial consideración por ambas partes, al tiempo de la celebración del contrato, como el efecto probable del incumplimiento de éste”, conf. PITA, Enrique Máximo, “La indemnización del lucro cesante y de la pérdida de chance. Delimitación del daño resarcible”, *cit.*, págs. 216 y 217.

⁸⁵³ LÓPEZ HERRERA resalta que Vélez siguió a Pothier (fuente que también toma el nuevo Código como dijimos en el texto) en cuanto a la medida de los daños provocados por el incumplimiento. De hecho “Pothier se aparta de la regla del Codex de Justiniano que decía que en los casos de daños contractuales el deudor no debía pagar más del doble del valor de la cosa prometida... (además) La razón de que la indemnización por el daño causado por el incumplimiento se restrinja a las consecuencias inmediatas, es que en el cálculo que realiza el deudor al contratar, siempre está el del posible pago del incumplimiento. El deudor, antes de comprometerse, tiene que poder incluir en el costo a que se obliga, lo que deberá pagar si le es imposible cumplir, por el motivo que fuere. No entienda obligarse al infinito sino que sabe que lo más que tendrá que pagar es el valor de la prestación. Si entendiera obligarse a más sencillamente o bien no contrata, o bien cobra un precio mayor. Otro efecto de la regla de la limitación a las consecuencias inmediatas, es que es más fácil el cálculo de la indemnización, en caso de litigios”, conf. LÓPEZ HERRERA, Edgardo, comentario a los artículos 1708-1762 en RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (Directores), ESPER, Mariano (Coordinador), *Código Civil y*

Ahora bien y entrando a nuestro terreno, lo que debe quedar claro es que el abogado, bajo el régimen del Código de Vélez respondía “siempre” de los daños que sean consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de su obligación. Pero además respondía el letrado de los daños “consecuencias mediatas” si aplicábamos las reglas de los arts. 902 y 909; por otro lado, cuando su inejecución fuese maliciosa, debería responder de los daños que sean consecuencia de tal repudiable proceder.

Debemos agregar que no hace falta aquí una conducta dolosa típica del delito civil -obrar conociendo y queriendo causar el daño-. Basta con que el deudor incumpla en forma deliberada su obligación⁸⁵⁴. Incluso este agravamiento en lo referido al *quantum* a indemnizar es aplicable en los casos de comportamiento “abogadiles” llevados con una conducta que puede ser calificada como culpa grave o grosera. En realidad al ser asimilable la culpa grave al dolo⁸⁵⁵ resulta ociosa toda deliberación técnica referida a si es lo mismo un incumplimiento obrado con mala fe, deliberadamente, o en forma maliciosa, o si se requiere el dolo elemento del delito civil. Empero esta diferenciación tiene alguna importancia práctica puesto que el autor doloso responde (o respondía) de las consecuencias que tuvo en miras al ejecutar el hecho.

Debemos aclarar también que de los daños mediatos que responde el abogado, sólo han de computarse en su obligación a indemnizar las consecuencias mediatas, pero las “previstas o previsibles”, mas no de las imprevisibles o puramente casuales (a no ser que sean el resultado de su obrar doloso), ni menos aún de las remotas⁸⁵⁶. Ello así a no ser que el abogado hubiera tomado a su cargo las consecuencias -o asumido el cumplimiento- del caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento⁸⁵⁷; o por una disposición legal no pueda liberarse del mismo; o hubiese ya sido aquél constituido en mora -a no ser que ésta fuese indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento-; o el caso fortuito, o imposibilidad de cumplimiento, hubiera ocurrido por su culpa; o constituyan una contingencia propia del riesgo de la cosa o actividad; o el deudor esté obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito (conf. al art. 1731 del nuevo Código Civil y Comercial, el cual agrega aún más casos al artículo 513 Código Civil de Vélez)⁸⁵⁸.

Comercial de la Nación, cit., pág. 1042. Además, continúa el estimado jurista diciendo que el art. 1728 puede entenderse como una excepción a la regla que establece el art. 1726, porque la lógica indica, según su parecer, que el deudor al momento de contratar sólo asume las consecuencias inmediatas; de hecho aclara que para que el deudor en materia contractual repare las consecuencias mediatas, las partes tienen que haberlas previsto o haberlas podido prever al momento de contratar y si no existe pacto expreso, dicha carga corresponde al acreedor acreditar. Deploramos disentir con lo expresado por tal reconocido autor. Por de pronto lo que señala en el texto podría ser válido en el régimen de Vélez que, como vimos, determinaba expresamente que el deudor contractual respondía en general de la consecuencia “inmediata y necesaria” de la falta de cumplimiento de la obligación (conf. al art. 521). Pero el nuevo régimen habla de “las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración”. Y por nuestra parte entendemos que bajo esa fórmula entran tanto las consecuencias inmediatas como las mediatas previsibles, no así las casuales, que sólo se le imputarán al deudor doloso, en tanto constituyan consecuencias derivadas de dicha conducta dolosa. A todo ello, en nuestro caso en particular, más clara es dicha solución si tenemos presente lo predicado por el nuevo Código en el art. 1725, tal como lo diremos *infra* en el texto. No obstante, esta disidencia parcial con el estimado amigo, más adelante volvemos a compartir su parecer cuando comenta el 1725 antes aludido.

⁸⁵⁴ Ver nuestra *Visión crítica a las cuestiones centrales...*, *ob. cit.*, pág. 40. Ver, también, nuestro *Curso de Responsabilidad civil...cit.*

⁸⁵⁵ El Digesto del Emperador Justiniano establecía que *Lata culpa plane dolo comparabitur* (ULPIANO, Ley X, tít. VI, ley I, & I). Es decir que la lata culpa o la culpa grave se comparará efectivamente con el dolo; criterio hoy consagrado, entre tantas legislaciones, en la reforma francesa del año 2016 (arts. 1231-3 y 1231-4).

⁸⁵⁶ En este sentido se revolvió que “el dolo agrava la responsabilidad del acto ilícito extendiendo del daño resarcible, pero solo hasta las consecuencias casuales previstas al ejecutarlo y que hayan sido tenidas en mira, mas nunca de las consecuencias remotas del actuar del agente”, CNCiv. y Com. de Dolores, 24/07/2008, *in re* “Ramellini, Mariel Elizabeth vs. Musumano, Héctor Abel”. Ver: ALFERILLO, Pascual E., comentario al artículo 1727 del nuevo Código en ALTERINI, Jorge H. (Director general), ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, tomo VIII, arts. 1708 a 1881...cit.*, pág. 122.

⁸⁵⁷ En este sentido han dicho Jorge Horacio e Ignacio E. ALTERINI que “Si bien en materia de consecuencias casuales, o sea de mediatas que no pueden preverse (art. 1727), la regla es que no se responde por ellas (art. 1726), no debe pasar inadvertido que cuando se asume el caso fortuito, en verdad se responde por las consecuencias casuales”, conf. ALTERINI, Jorge H. (Director general), ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, tomo VIII, arts. 1708 a 1881...cit.*, pág. 122.

⁸⁵⁸ No obstante lo señalado en el texto, deberá tenerse en consideración que el letrado no puede prometer el éxito de su gestión. Así que tomar a su cargo las consecuencias del *casus* o la imposibilidad de cumplimiento que del mismo resulta, debe necesariamente vincularse con dicha vedada promesa. Cuando se la transgreda quedará sin efecto lo predicado por el art. 1731 recién citado, al menos en lo que concierne a las cláusulas que las partes pueden libremente pactar.

También responderá patrimonialmente, insistimos, de las consecuencias que deriven de su comportamiento doloso. Es decir, sin importar de qué tipo de consecuencia se trate -con exclusión, claro está, de las remotas-, responderá civilmente el letrado de las que resulten de su conducta “*según las miras que tuvo al ejecutar el hecho*” (conforme al artículo 905 del Código Civil -ya derogado por cierto-).

Ahora bien, bajo el imperio del nuevo Código estas reglas merecen unas aclaraciones. Por de pronto debemos tener en consideración que el deudor (en nuestro caso el abogado) en general deberá brindar respuestas de los daños que sean considerados consecuencias “inmediatas y mediatas previsibles” (conf. art. 1726), salvo disposición legal en contrario.

Esta norma es interesante pues será la que se aplicará cuando la indemnización la solicite un tercero y no el ex-cliente del letrado. Aunque, como lo dijimos con antelación, no aplaudimos que la ley no haya establecido algún trato diferenciado “general” según tratemos de un deudor (letrado en nuestro caso) doloso, o haya actuado con culpa o esté sujeto a algún factor de atribución objetivo.

Pasando al régimen contractual -es decir a la regla de la previsibilidad contractual que contiene el art. 1728- aquí ya sí se diferencia el comportamiento del deudor. Ello así pues el deudor “contractual” culposo (o sujeto a algún criterio objetivo) responderá patrimonialmente de “*las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración*”. Entendemos que aquí se contemplan, más allá de lo que las propias partes hayan dicho sobre el particular, las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles. No así las casuales y menos aún las remotas. Recordemos también la regla que emerge del art. 1725 que no debe olvidarse y que servirá para avalar aún más esta posición⁸⁵⁹.

Además de dichas consecuencias, el letrado que actúa con “dolo” (o culpa grave; o mala fe) también deben tenerse en consideración las consecuencias que deriven de su obrar y, por supuesto, que ello sólo podrá endilgársele al momento del incumplimiento, que es cuando actúa de dicha forma reñida con el derecho hasta el punto que es castigada de una u otra manera⁸⁶⁰.

Otra diferencia radical en cuanto al trato legal brindado al agente que se comporta culposamente -sin actuar en forma dolosa-, estriba en la facultad que tienen los jueces argentinos cuando al fijar la indemnización respectiva pueden considerar la situación patrimonial del deudor, “*atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable al dolo del responsable*”, conforme reza el artículo 1069 del Código Civil de Vélez y que el nuevo Código reproduce en estos términos: “*El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la*

⁸⁵⁹ En otra nota hemos señalado que el art. 1725 del nuevo Código Civil y Comercial al exigir mayor “diligencia” en esos casos y mayor “valoración de la previsibilidad de las consecuencias”, al parecer se inclinaba por una tesis “dualista” (en tanto la norma contiene reglas atinentes tanto a la relación de causalidad, cuanto a la culpabilidad). Ello puesto que esta norma contiene una regla culpabilística (en la apreciación de la *diligencia*) y una solución causal (en la valoración de las *consecuencias* resarcibles). Vale decir que más íntima se vuelve la vinculación culpa-relación de causalidad. No obstante, en el Código de Vélez es nítida la solución causal que esta norma brinda (la del 902), al menos para nosotros. Con un sentido parecido ha expresado nuestro estimado amigo Edgardo LÓPEZ HERRERA que el artículo 1725 “tiene que ver con la causalidad, por eso debió haber sido ubicado luego del siguiente, que es el que establece que para juzgar si hay causa de un daño, se sigue la teoría de la causalidad adecuada... (Además) En el artículo se sienta una regla excepcional cuando la persona tiene mayores conocimientos. En esos casos la previsibilidad media, no es la de un hombre común, sino la de un experto con esos conocimientos. Se tratará por lo general de un profesional... El juicio en abstracto no debe juzgar lo que el dañador concreto previó, sino lo que era previsible de acuerdo a la normalidad de la vida y que no se hizo. Por eso se exige mayor previsibilidad y por ende mayor cuidado a quienes tienen mayores conocimientos”, en LÓPEZ HERRERA, Edgardo, comentario a los artículos 1708-1762, en RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (Directores), ESPER, Mariano (Coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo IV...cit.*, pág. 1035.

⁸⁶⁰ En tal sentido se ha dicho con razón que “El dolo agrava la situación del incumplidor. En ese caso hay que analizar lo que el deudor puede prever al momento en que pudiendo pagar decide no hacerlo. Todo indica que la previsión de quien no paga porque no quiere puede abarcar no sólo la consecuencia mediata sino la casual si es que se la representó y lo mismo siguió con su plan de no honrar su deuda”, conf. LÓPEZ HERRERA, Edgardo, comentario a los artículos 1708-1762 en RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (Directores), ESPER, Mariano (Coordinador), *cit.*, pág. 1043.

situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable", según el art. 1742 del Código Civil y Comercial.

Aclaremos que si bien el artículo 1069 del Código de Vélez se encuentra ubicado en el título correspondiente a los actos ilícitos en sentido propio (delitos y cuasidelitos), los magistrados lo aplicaban independientemente se trate de un caso de responsabilidad contractual o extracontractual⁸⁶¹. Algo parecido sucedió en España con respecto a la operatividad de la "facultad moderadora" del *quantum* indemnizatorio que prevé el artículo 1103 del Código Civil de ese país. Claro que el art. 1742 del nuevo Código argentino se aplicará indistintamente a supuestos de responsabilidad contractual o extracontractual sin reparo alguno, pues el norte de ese novel Código consiste precisamente en borrar las diferencias de regímenes responsabilizantes, aunque tal meta no se pudo conseguir en su totalidad, tal como pudimos observar con nitidez.

Asimismo, ya hicimos referencia en esta tesis que la condición especial del profesional le hace responder en mayor medida que la correspondiente a un "hombre común"⁸⁶². Este ensanchamiento causal es debido a la preparación específica con la que se supone cuenta el abogado y está contemplada legalmente en Argentina en el artículo 902 del Código Civil de Vélez y el art. 1725 primera parte del Código Civil y Comercial, amén de estar autorizada en cierta medida por el artículo 909 segunda parte del Código de Vélez y art. 1725, segundo y tercer párrafos, del nuevo Código. Aunque hay que aclarar que estas últimas reglas (las que emanan del art. 909 del Código de Vélez y art. 1725, segundo y tercer párrafos del nuevo ordenamiento) solo operan en caso de responsabilidad contractual; vale decir cuando el ex-cliente sea quien demande a su otrora letrado apoderado o patrocinante, y no cuando el daño lo solicite un tercero (aunque en este último caso sí puede aplicarse aquel viejo y sabio art. 902 del Código de Vélez que reproduce la primera parte del art. 1725 del nuevo Código).

Ahora bien, en el capítulo anterior sostuvimos que este problema de causalidad (y no de culpabilidad como muchos afirman) lo que implicaba era la conversión de las consecuencias mediatas en inmediatas⁸⁶³. ¿Ello quiere decir que incluso el abogado que inejecuta (o mal ejecuta) su obligación culposamente responde de las consecuencias mediatas? ¿Acaso existe una asimilación en cuanto a las consecuencias a reparar según se actúe con dolo o con culpa? Pasamos a responder.

Efectivamente, el letrado que se comporta en forma imperita debe dar respuestas patrimoniales hasta de las consecuencias mediatas, siempre y cuando fueren previstas o previsibles. La razón de este agravamiento es muy simple: el mayor poder causal genera mayor extensión causal. Es decir, mientras de más conocimiento o preparación se ostente - caso del profesional y con más justificación en el supuesto del "especialista"-, mayor "responsabilidad" se requiere en su comportamiento específico.

Es que la preparación técnica del abogado, es decir su supuesto conocimiento acabado de alguna rama del saber -la *legal*-, le genera "un mayor poder causal, una mayor fuerza para intervenir en el proceso de antecedentes y condiciones que conducen a un resultado modificándolo según su voluntad"⁸⁶⁴.

Ahora bien, siempre habrá un trato diferencial para el abogado que actúa en forma totalmente grosera -culpa grave- o con dolo. Pues para éste, por de pronto, también se le achacarán los daños que sean consecuencias de ese repudiable proceder. Ello así sea que se aplique el Código de Vélez (arts. 521 y 905), sea la nueva regla de la previsibilidad contractual contenida en el art. 1728, *in fine*, del nuevo Código Civil y Comercial.

⁸⁶¹ En las XII Jornadas de Derecho Civil realizadas en Bariloche -Argentina- en el año 1989 se declaró que "La atenuación equitativa de la reparación emanada del artículo 1069, es aplicable por analogía a los supuestos de daños derivados del incumplimiento contractual", Comisión 2ª, punto 5to.

⁸⁶² Puede verse, entre otros, GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L, "La responsabilidad profesional del abogado y el resarcimiento del daño moral", publicado en *RCyS*, 2005, págs. 480 y s.s. y "Responsabilidad de abogados y procuradores por pérdida de chance", publicado en *RCyS*, 2002, págs. 409 y s.s. Sin embargo, ello no autoriza a pregonar que los profesionales, específicamente los abogados en nuestro caso, deban brindar respuestas por "culpas levisimas", tal como resaltamos en el capítulo anterior.

⁸⁶³ Compartimos en este tema la tesis de TOBIÁS, José W., "En torno a la responsabilidad civil de los médicos", *cit.*, pág. 830.

⁸⁶⁴ Conf. CASIELLO, *ob. cit.*, págs. 167 *in fine* y 168.

Asimismo, ya remarcamos que el deudor doloso no goza de la facultad *moderadora* que tienen los jueces para tornar “equitativa” la reparación a cargo del letrado “negligente”. Por cierto que no descartamos que la cuestión probatoria de estos extremos “psíquicos” -pero exteriorizados- sea sumamente dificultosa, pero al menos en el plano teórico la ley castiga a quien obra dolosamente -o con culpa grave-, haciéndole cargar con mayores consecuencias que las normalmente imputadas -caso de culpa “leve”, o situaciones de imputación objetiva-

Finiquitando con el sistema legal argentino, diremos que si bien el artículo 522 del Código Civil de Vélez reformado por ley 17.711 “facultaba” a los magistrados a indemnizar el agravio moral contractual bajo la fórmula el juez “podrá”, en puridad debía leerse como que los jueces “deberán” acoger los reclamos extrapatrimoniales contractuales cuando los mismos resulten probados en las causas⁸⁶⁵. Luego volveremos con este tema, por ahora queremos resaltar que en realidad no debe verse una facultad allí donde debe primar una valoración objetiva por sobre el voluntarismo judicial. En pocas palabras evitemos las discrecionalidades para no caer en arbitrariedades. Es claro que en el nuevo Código no se establece ninguna diferenciación a la hora del reclamo del daño moral, según sea su génesis contractual o extracontractual. Pero ya nos estamos excediendo de nuestro tema y esas cuestiones serán analizadas en la segunda parte de este capítulo que se refiere precisamente al daño por el que debe responder el letrado. Ahora pasemos al sistema español.

2.2. Sistema del Código Civil español.

Corresponde ahora que veamos cómo se regula la cuestión de la causalidad -en sentido amplio- en materia de responsabilidad profesional en el Código Civil español de 1889. También veremos someramente las semejanzas y diferencias que existen con el sistema francés de 1804 (con sus reformas del año 2016) y el italiano del 1942. Por cierto que todas estas legislaciones están vigentes en la actualidad, aunque el Código napoleónico, como señalamos, ha tenido recientemente importantes reformas en materia de contratos, obligaciones y su prueba, y el español está en pleno debate también en esas materias. Pues bien, los artículos básicos del Código Civil español que aquí se estudiarán son:

Artículo 1103 *“La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos”*.

Artículo 1107 *“Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento”*.

*En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”*⁸⁶⁶.

⁸⁶⁵ Existe cierta corriente que entiende que para dar acogida a este tipo especial de daño se debe interpretar en forma restrictiva, si a sede contractual se refiere. Pero no nos parece correcto hacer esta discriminación injustificada. Por el contrario, desde el Proyecto de Unificación Civil y Comercial del año 1987 -artículo 522-, se está imponiendo la doctrina de la no diferenciación -incluso de la “unificación” de los regímenes responsabilizantes- basada en la génesis contractual o no de este menoscabo espiritual, máxime si de acciones de consumo se trata, o aquellas originadas en un clima de confianza especial.

⁸⁶⁶ Como sostenemos en el texto, existe en la actualidad la propuesta de modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos. Y en este tema establece al respecto que “El deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento; pero si éste no hubiera sido doloso, sólo responderá de los daños que se hubieren previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato”, conforme lo determina el art. 1208. A nosotros nos parece que las consecuencias atribuibles al incumplidor doloso deben hacerse no al momento de la celebración del contrato, sino al momento en que lo incumple de esta manera intencional y creemos que ésta es la solución que brinda la mentada norma. Por su parte la “Propuesta” de reformas al Código español, que citamos tantas veces en esta tesis, señala sobre el particular en el art. 518-23, que se refiere a la “imputación de los daños” que “El deudor responde de los daños que conocidamente deriven de su incumplimiento; pero si este no ha sido intencional, solo responde de los daños que se hayan previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato”. Como puede observarse a primera vista no hay mayores diferencias respecto del ya mencionado art. 1208 proyectado. Nos parece acertado referirse a la culpa y al dolo (incumplir de manera “intencional”), y no a la buena o mala fe del incumplidor. Aunque creemos, humildemente que primero deberían haber sentado la regla para la culpa (que es la forma más común de incumplimiento) y luego ya mencionar al

Por de pronto hay que aclamar que *el artículo 1107 es básico en el sistema indemnizatorio, pues es el único que toca de manera frontal el crucial tema de la causalidad*. Insistimos que este concepto, extrapolado desde la física al ámbito jurídico, cumple, al menos en la responsabilidad civil, una doble función: por un lado, y en primer lugar, es un requisito indispensable -presupuesto- para completar el esquema responsabilizador (junto a la antijuridicidad de la acción, a la imputabilidad y al daño) y así hacer responsable a un sujeto de un daño padecido por otro. En otras palabras, comprobada la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento del letrado y el perjuicio originario, se podrá tener por acreditada su “autoría”.

Ahora bien, ¿hasta dónde debe responder patrimonialmente este sujeto? Es decir: ¿qué clases de consecuencias derivadas de su conducta antijurídica tiene el deber legal de indemnizar? Estos cuestionamientos corresponden al campo de la segunda de las funciones que tiene la causalidad en nuestra materia, la cual consiste en fijar la extensión o el límite del resarcimiento.

Si bien del primero de los aspectos señalados -la causalidad en tanto que presupuesto responsabilizante- guarda silencio el Código Civil español⁸⁶⁷ (aunque deberá entenderse en este punto, al igual que en el sistema argentino, que nace el deber de responder sólo si el daño guarda una *relación adecuada de causalidad* con la acción protagonizada por el agente causal después de constatar que tal actuar fue una *conditio sine qua non* del efecto dañoso) no así respecto del segundo disponiendo que *el deudor de buena fe responde de ciertos daños, mientras que el autor doloso carga con otro tipo de consecuencias*.

Quede claro, entonces, que el precepto objeto de nuestro estudio responde a la pregunta sobre el *quantum respondeatur*, o sea acerca del límite de la responsabilidad, indemnización a cargo del letrado en nuestro caso. Y este límite sólo puede fijársele una vez acreditados todos los presupuestos responsabilizantes. Por ello, quienes pretenden encontrar soluciones en esta norma al problema de la existencia misma de la responsabilidad -*an respondeatur*- yerran en su enfoque, en nuestro modesto parecer⁸⁶⁸.

La primera cuestión que suscita la literalidad del artículo 1107 que reza “*responde el deudor de buena fe...*”, es *¿a qué se refiere con buena fe? ¿A la bona fides creencia, lealtad, subjetiva u objetiva?* Pues cabe argüir que a ninguna de ellas. *Esta norma hace referencia, aunque no lo diga, al deudor “culposo”*. Ello porque hablar de buena o mala fe no es propio -al menos no es común- de la teoría de la responsabilidad civil. Es más, si se interpreta ese concepto en consonancia con lo descrito en la última parte del citado artículo, debe concluirse, *contrario sensu*, que la primera alude a la culpa en sentido estricto.

Y entre la culpa y la buena fe -no obstante ser ambos estados de ánimos que se refieren a la interioridad del sujeto (aunque con relevancia jurídica cuando se manifiestan, se exteriorizan en hechos)- median importantes diferencias puesto que la primera mas bien apunta, en general, a una conducta omisiva (en cierta sinonimia con la negligencia, es decir con la omisión de la diligencia debida), mientras que la buena fe alude, antes que nada -por regla- a un comportamiento positivo. Además, la “culpa” nos hace inmediatamente pensar en la cualidad de la alteridad (propia del Derecho), puesto que se actúa culposamente -o no-

supuesto específico del obrar doloso. De hecho así serían más comprensibles y con mejor técnica legislativa las mentadas normas. Ahora bien, en el ámbito extracontractual las “Propuesta” de reformas tiene una regla especial en el art. 5181-4, referida al “nexo causal” que simplemente determina -con nuestras palabras- que para poder imputar jurídicamente responsabilidad al autor es necesario que exista un “nexo causal” entre su conducta y el daño; y que existe dicho nexo causal cuando el daño es “consecuencia” de la conducta de la persona sindicada como responsable. Como vemos, no se hace una división de las consecuencias y ni se atribuye mayor responsabilidad a los autores dolosos, respecto de los que incurrir en comportamientos culposos o que están obligados objetivamente. No al menos en esta norma. Ver: *Propuesta de Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Tecnos, Madrid, 2018.

⁸⁶⁷ Es lógico que los códigos decimonónicos no realicen mención a alguna teoría referente a la causalidad como presupuesto responsabilizante. Éstas recién se elaboran, metódicamente, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, siendo pionera la obra de Von Buri en 1860, atinente a la imputabilidad penal. Recordemos que la de Von Bar, referida a la causalidad “adecuada”, es de 1871 (aunque cierta doctrina nos refiere al año “1881”).

⁸⁶⁸ Reconocemos, empero, la relatividad de lo anteriormente señalado. En verdad nos abriga cierta duda sobre si puede existir un *an respondeatur* sin el *quantum*. Concretamente si puede haber responsabilidad si todavía no sabemos si hay daño indemnizable por no comprobar si ciertas consecuencias contienen las notas que el Derecho les exige para ser reparables.

frente a otro. No sucede lo mismo con la buena fe. A pesar de ello, y con olvido de las diferencias que sí existen, debemos -a los fines de la norma- asimilar sus significados.

Por cierto que los antecedentes de esta norma los encontramos en los artículos 1150 y 1151 del Código Civil francés de 1804⁸⁶⁹ que para nada nos hablan de deudor de buena fe. Prefieren, y con acierto, referirse al deudor “no doloso”⁸⁷⁰. También POTHIER⁸⁷¹ hizo referencia al deudor que no incurrió en dolo, pero sí en una negligencia reprehensible o compromiso temerario o, en fin, culpa; pero nunca alude a la buena o mala fe.

Tampoco es del todo exacto que la “mala fe” implique “dolo” habiéndose suscitado vivas discusiones al respecto, pero dado que la segunda parte del precepto se refiere concretamente al dolo, no cabe realizar aquí ninguna consideración y debemos atenernos al texto legal.

Reza la norma, entonces, que el deudor “culposo” responde de los daños “*previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento*”. Aquí puede observarse cómo en un concepto, cual es el de la *previsibilidad*, se asienta la parte central de la teoría responsabilizatoria. Éste es el rector para comprobar la culpabilidad, la típica causal exonerante (*casus*), y para medir las consecuencias (daños) que deben repararse, amén de ser la piedra de toque de la causalidad misma, como fundamento responsabilizante.

Sí que derramaron tinta los autores discutiendo sobre si la previsibilidad, metro para medir la culpabilidad, debía ponderarse en abstracto o en concreto. Ya habíamos apuntado que tanto las legislaciones que partían de uno u otro principio llegaban, prácticamente, a idéntica solución⁸⁷². Es más: esta mixtura de criterios aparece en forma ostentosa -y con poca técnica legislativa, estimamos- en el artículo 1104 del Código Civil español⁸⁷³.

⁸⁶⁹ Reza el art. 1150 del Código de Napoleón, en su versión original que “El deudor está obligado a indemnizar los daños que haya *previsto o debido prever en el contrato*, cuando el incumplimiento de la obligación no fue por su *dolo*”. Y el art. 1151 dispone “En el caso de que el incumplimiento de la obligación resulte del *dolo* del deudor, la indemnización de daños comprenderá la pérdida sufrida por el acreedor y la ganancia que se le ha privado, que sean *consecuencia inmediata y directa* del incumplimiento del contrato”. La cursiva nos pertenece.

La fuente inmediata de tal principio la encontramos en los trabajos preparatorios de Bigot de PRÉAMENEU del Código napoleónico. Éste, a su vez, tomó el fino criterio de POTHIER quien se inspiró en el pensamiento de MOLINEO o DUMOULIN -y éste de PAULO- que fundamentaba su doctrina en la distinción entre el daño *circa rem* y *extra rem* para consagrar la previsibilidad como criterio general de “imputación objetiva” del daño contractual.

Ahora bien, con la reforma producida por la ordenanza 131 del 10 de febrero de 2016, dichas normas quedaron redactadas en estos términos: art. 1231-3 “*Le débiteur n’est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l’inexécution est due à une faute lourde ou dolosive*”; a su turno el art. 1231-4 establece que “*Dans le cas même où l’inexécution du contrat résulte d’une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l’inexécution*”. En una traducción propia que nos atrevemos a proponer, dado que las que encontramos distan de “convencernos”, diremos que el primer artículo (1231-3) reza lo siguiente “El deudor solo es responsable por los daños e intereses que se hayan previsto o puedan preverse al concluir (al momento de la celebración o conclusión) el contrato, excepto cuando la inexecución se deba a una falta grave o dolosa”. Mientras que el art. 1231-4 pregona que “(Además) En el mismo caso que la inexecución (incumplimiento) del contrato resulte de una culpa grave o dolosa, los daños e intereses incluyen solo los que sean una consecuencia inmediata y directa de (esa) la inexecución (incumplimiento)”. Es evidente que lo escrito entre paréntesis nos pertenece, ello realizado para dotarle de una mejor comprensión al idioma español a esta interpretación propia.

⁸⁷⁰ En un brillante trabajo nuestro estimado profesor José María LEÓN GONZÁLEZ nos dice claramente que “la ‘buena fe’ del artículo 1107 sólo describe la ausencia de dolo”. Ver “Acotaciones históricas al artículo 1107 del Código Civil” en *Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge*, vol. II, Salamanca, 2002, pág. 579, cita 1.

⁸⁷¹ POTHIER, Roberto José, *Tratado de las Obligaciones*, traducido al español con notas de derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores, parte primera, Barcelona, Imprenta Roger, 1839, n° 160 pág. 95. Como ya señalamos con este texto nos manejaremos en el presente estudio, más que nada por su valor histórico amén de existir otras traducciones también fiables.

⁸⁷² En nuestra *Visión crítica a las cuestiones centrales de la Responsabilidad Civil*, *ob. cit.*, págs. 38 y s.s., y en el capítulo tercero del presente trabajo.

⁸⁷³ En nuestro modesto sentir el Código Civil español consagra principios opuestos entre sí, o al menos “aparentemente” opuestos. Nos explicamos: la primera parte del artículo 1104 nos dice que “*La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*”. Pero inmediatamente remata “*Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia*”. Como puede observarse el primer párrafo consagra la teoría denominada de *apreciación de la culpa in concreto o subjetiva*, puesto que toma en consideración todas las concretas circunstancias que rodearon el actuar del deudor en particular, para comprobar si lo hizo o no

Traemos ello a colación pues pensamos que la previsibilidad para imputar consecuencias debe ser tanto la del caso concreto, cuanto la que sucede de acuerdo con el curso normal y ordinario de las cosas (aunque en general la doctrina sólo se refiere a esta última modalidad: a la previsibilidad en *abstracto*).

No obstante lo anteriormente señalado, tenemos la seguridad que tendrá más importancia para el juzgador la previsibilidad causal concreta en el caso de tratarse de un supuesto de responsabilidad contractual como el que tratamos, sucediendo lo contrario en el supuesto inverso. Ello, claro está, en teoría válido para quienes piensan que tal artículo puede transportarse y aplicarse en el terreno aquiliano.

Además, la previsibilidad que contempla la norma -esta es la contractual- debe ponderarse al "*tiempo de constituirse la obligación*" y no al de su incumplimiento. Como vimos recién esta fue la solución también consagrada en el nuevo Código argentino. Sobre si ésta es la solución correcta, dará mucho que hablar. Pero debe respetarse, pues es la legal. Además el mismo POTHIER⁸⁷⁴ -fuente real de este principio- reiteradamente nos brinda esa solución: que debe tenerse presente para la extensión de la responsabilidad el momento mismo de la celebración del contrato, de allí parte la previsibilidad de los daños. La razón radica en que es en tal oportunidad cuando las partes pueden calcular los costes del incumplimiento que se deberán -o debieran- ver reflejados en las respectivas contraprestaciones. Una suerte de valoración de los riesgos propios de cada contrato en particular.

El segundo requisito que contempla el artículo 1107 para responsabilizar es el de la *necesidad de la consecuencia* (daño) respecto del incumplimiento del deudor. Es decir: que el daño sea consecuencia necesaria de su conducta. Ergo, *el daño indemnizable debe ser previsto o previsible y necesario*.

Otra vez nos invade un interrogante: ¿todos los daños necesarios son previsible? Claro que la *necesidad* y la *previsibilidad* son conceptos distintos y en la norma aparecen unidos por la conjunción copulativa "y", que connota la idea que deben darse "sumados" para hacer nacer el crédito indemnizatorio en cabeza del acreedor víctima de un incumplimiento contractual.

culposamente. En cambio, el segundo párrafo nos dice que el patrón de medida para valorar la culpa será uno de *carácter objetivo: el típico bonus pater familias*. Es decir, se toma como medida de comparación -respecto del actuar de una persona- el parámetro abstracto que representa este buen padre de familia (como podría ser el buen hombre de negocios, el hombre de diligencia media, etcétera). Son criterios antagónicos entre sí, repetimos, y las legislaciones optaron por uno u otro (verbigracia: el Código Civil argentino de Vélez consagró en su artículo 512 el criterio subjetivo o concreto, del cual se inspiró el legislador español, al menos para la primera parte del artículo 1104; mientras que el originario Código Civil francés en su artículo 1137 optó por el sistema de apreciación de culpa tomando un modelo abstracto, fórmula que sirvió para la redacción del segundo apartado del artículo 1104 del Código español). Y no nos engañemos pensando que la segunda parte del precepto legal contempla el caso en que "*la obligación (léase contrato) no exprese la diligencia que ha de prestarse*", pues la primera regla también debe, necesariamente, referirse a los casos de omisiones convencionales. Es claro que cuando los contratantes en uso de su autonomía "*quasi*" soberana estipulen algo respecto de la diligencia que debe observarse, ello será su ley (*pacta sunt servanda*) que solamente encontrará sus límites en principios superiores, de orden imperativos (verbigracia, la prohibición de la cláusula de dispensa en caso de dolo, exclusión total de responsabilidad, etcétera).

Por fuer de ser sinceros debemos recordar que la doctrina llegó a conciliar tales criterios "aparentemente" opuestos, tal como tuvimos oportunidad de resaltar, pero sigue siendo de una desacertada técnica legislativa consagrar los dos principios antagónicos al unísono.

⁸⁷⁴ *Ob. cit.*, n° 162, pág. 96. Allí nos dice "Sucede no obstante á veces que aunque los daños y perjuicios que siente el acreedor, sean con respecto al contrato extrínsecos, debe con todo indemnizarlos el deudor. Así deberá decirse, cuando son de tal naturaleza, que parece *debiera preverse al tiempo de celebrarse el contrato*, y que el deudor tácita ó expresamente se sujetó á ellos, caso de faltar al cumplimiento por su parte". La cursiva es nuestra. Los ejemplos del magistral jurista son por más convincentes. Permítasenos el siguiente -que trata el autor a renglón seguido- "He vendido mi caballo á un sugeto que lo necesita para acudir á una cita faltándo á la cual incurrirá en una multa: si se expresa esta circunstancia en el contrato, si yo me obligo á entregarle el caballo con tiempo suficiente para llegar al lugar de la cita, y no cumplo con el empeño contraído, y el comprador por no tener mi caballo ni encontrar otro, incurre en la multa; deberé yo indemnizarle de este perjuicio, aunque sea ageno del mismo contrato, porque con haberse hecho mencion del objeto para que habia de servir el caballo, se evidencia que se previó dicho perjuicio, y tácitamente me obligué yo á su indemnizacion", *ob. cit.*, págs. 96 y 97.

A pesar de lo expresado, cierta doctrina entiende que la relación entre ambos conceptos utilizados por el legislador es la inversa a la insinuada por nosotros. Así piensan que de los “daños necesarios” algunos son previsibles y otros no. Creemos, modestamente, que si en verdad existe una relación de género a especie, sería la de previsibilidad como género de la necesidad. Ello lógicamente debe ser así, debido a que la previsibilidad es un concepto formado en base a lo que alguien debe representarse como posible consecuencia “normal” de su actuar. Es mucho más amplia que la necesidad. Y ésta, casi de más está en decirlo, es fatalidad, irremediabilidad en su concreción fáctica. Por lo tanto, algo previsible puede o no ser (o “suceder”), mientras que algo necesario debe ser o suceder (y será o sucederá en la realidad). Y la “normal previsibilidad” debiera comprender, al menos, todas las consecuencias necesarias.

También se expuso por una autorizadísima doctrina⁸⁷⁵ que los preceptos de los Códigos francés (el de 1804, sin las reformas recientes) e italiano⁸⁷⁶ guardan cierto paralelismo hasta identificarse con la fórmula utilizada por el legislador español. Éste nos habla de consecuencia necesaria, aquéllos de consecuencia inmediata y directa.

En tal sentido recordemos que el Código Civil argentino nos predicaba que los daños indemnizables -en principio- son aquellos que sean consecuencia inmediata y necesaria (artículo 520 Código Civil de Vélez). Ya el nuevo Código habla de consecuencias inmediatas y mediatas (como regla, atribuibles al sindicado como responsable) y en materia contractual nos refiere a los daños o consecuencias que “las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración” (art. 1728 del nuevo C.C.C.). Ergo: hay para todos los gustos...

Aquí debemos detenernos para aclarar algo fundamental: no hay coincidencia en las soluciones brindadas por las distintas legislaciones citadas. Para empezar, tanto la legislación francesa de 1804, cuanto la italiana, nos hablan literalmente que la primera -o si se quiere la segunda- limitación en la extensión del resarcimiento, constituye el hecho que el daño sea consecuencia *directa e inmediata* del incumplimiento contractual, sea a título de culpa o dolo. Por ello se prevé una ulterior limitación para los casos de incumplimientos culposos, aplicando en éstos la regla que la reparabilidad no llegará a más que lo previsto o previsible en el momento del nacimiento de la obligación convencional. Coteje el lector las grandes diferencias que existen -de *lege lata*- en los principios analizados. Cuestión distinta es que los tribunales “interpreten” de una u otra manera los principios que el legislador impone.

Por último, existe un dato de indudable referencia histórica que es esencial para comprender este instituto examinado -límite de la indemnización-. Como muchas cuestiones del Código napoleónico, estos preceptos estuvieron inspirados en las magníficas enseñanzas de POTHIER⁸⁷⁷. Empero, a pesar de su agudo genio, no debe olvidarse que su doctrina en este tema (tomada en gran parte de MOLINEO, y éste de PAULO) se basa en la distinción de daños intrínsecos -*circa ipsam rem*- y extrínsecos -*extra rem*-. Pues es por todos sabido que no hay correspondencia entre el concepto de daño a la cosa misma objeto del contrato (esto es “intrínseco”) con el de consecuencia inmediata y directa del incumplimiento. Tampoco existe equivalencia entre lo que debe entenderse por “consecuencia necesaria” respecto de “daño inmediato y directo”. Ni siquiera son conceptos idénticos los requisitos de “*inmediato*” con “*directo*”⁸⁷⁸, a pesar que la doctrina tiende a asimilar sus significados.

⁸⁷⁵ Conf. SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La Responsabilidad Civil del Abogado*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 304. También llega a tal conclusión nuestro querido profesor salmantino José María LEÓN GONZÁLEZ, *art. cit.*, págs. 579 y s.s.

⁸⁷⁶ Reza el artículo 1223 del Código Civil italiano del año 1942 “El resarcimiento del daño por incumplimiento o por el retraso debe comprender tanto la pérdida sufrida por el acreedor como la ganancia no obtenida en cuanto sean *consecuencia inmediata y directa*” y el artículo 1225 del mismo cuerpo legal nos dice “Si el incumplimiento o el retraso no depende del *dolo del deudor*, el resarcimiento está limitado al daño que podía *preverse en el tiempo en que nació la obligación*”. Los antecedentes de estos preceptos están en los artículos 1228 y 1229 del Código italiano de 1865 inspirados, claro está, en el francés de 1804. La cursiva es nuestra.

⁸⁷⁷ *Ob. cit.*, primera parte, capítulo II, art. III “De los daños y perjuicios que resultan ya sea de la falta de ejecución en las obligaciones, ya del retardo en cumplirlas”, n° 159, págs. 94 y s.s.

⁸⁷⁸ En efecto, es perfectamente factible que un daño sea consecuencia “directa”, sin ser “inmediata”. Por supuesto que también puede ser inmediato el perjuicio sin tener por qué ser “directo”. Si bien ambos conceptos hacen referencia a la “cercanía” que guardan respecto de la acción imputada, la inmediatez nos aproxima temporalmente con el hecho ilícito, en tanto que la cualidad de “directo” nos indica que no hay entre la conducta antijurídica y el daño causado ningún punto intermedio, ergo que tal consecuencia se encuentra en línea recta

También nos insinuó el notable jurista francés una asimilación de consecuencia mediata con daño remoto. Aunque a cierta doctrina disguste no son conceptos análogos ninguno de los mencionados, mucho menos estos últimos, pues se sabe que el deudor en algunos casos debe hacerse cargo de las consecuencias mediatas así no sean previsibles (casuales), siendo ello así cuando actúe en forma dolosa (o con culpa grave); mientras que de las consecuencias remotas no se responde nunca, así exista comportamiento doloso (salvo que el propio letrado haya tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, en donde sí podrá ser responsable, aunque entenemos que no hasta de estas clases de consecuencias que no guardan ningún nexo de causalidad con el hecho atribuido al deudor -cuestión harto discutible por cierto-).

Saliendo un poco de este ámbito teórico y general (y casi inentendible, o al menos muy complejo) para inmiscuirnos en lo práctico y concreto (incluso trasladándonos del ámbito del *quantum* para situarnos en el del *an respondeatur*), algún autor señaló, con razón, que “resultan imputables al deudor aquellos daños que, de acuerdo con la clase de intereses del acreedor a cuya satisfacción deba atender el deudor, resulten ser concreción típica del riesgo creado con su falta de cumplimiento”⁸⁷⁹. Por esto “no puede realizarse la imputación cuando el evento dañoso provenga del riesgo general de la vida”⁸⁸⁰. Tampoco “cuando quepa establecer que el evento dañoso hubiese acaecido exactamente igual, aunque el deudor hubiese adoptado una hipotética conducta alternativa conforme a derecho”⁸⁸¹.

Tales “criterios selectivos” (concreción típica del riesgo creado; riesgo general de vida; y conducta alternativa conforme a derecho) fueron elaborados por la dogmática alemana (primero por los especialistas en Derecho penal) y corresponden a la teoría de la “imputación objetiva” (*objektive Zurechnung*) que en España goza de buena aceptación desde el aporte de PANTALEÓN PRIETO⁸⁸². Por nuestra parte pensamos que no llega a desplazar a la otra doctrina dominante en materia de causalidad jurídica, siendo ella la teoría de la causalidad *adecuada*, sino que mas bien la complementa armónicamente.

También debe tenerse presente el deber que pesa sobre todo *acreedor* de mitigar los daños. Por ello cuando el acreedor haya podido evitar (empleando el mismo parámetro de diligencia que usamos para el deudor, *mutatis mutandi*) cierta clase o cuantía de daños y sin embargo su descuidada conducta ha incrementado el monto indemnizatorio o los daños (rubros) resarcibles, no debe pesar sobre el deudor, en nuestro caso el abogado, el resultado de esa negligencia. Por cierto que dicho proceder “culposo” no llegaría a ser una verdadera “consecuencia necesaria”⁸⁸³.

Además, según adelantamos recién, pensamos que la previsibilidad engloba tanto la de los daños, cuanto su cuantía, siempre que, claro está, el deudor razonablemente pueda

respecto de la acción que la produjo. Por supuesto que cierta doctrina puso de resalto que la cualidad de inmediatez no es de orden cronológica, sino lógica.

⁸⁷⁹ Conf. CARRASCO PERERA, Ángel, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, dirigidos por M. Albaladejo García, Edersa, Madrid, 1989, pág. 726. En este sentido LEÓN GONZÁLEZ, siguiendo a Realmonte, nos dice que “quedan excluidas del resarcimiento aquellas consecuencias que no constituyen la realización de un riesgo que *normalmente* depende del incumplimiento”... por ello “son irresarcibles aquellas situaciones dañosas que, aun habiendo sido ocasionadas por el incumplimiento no suponen, sin embargo, la realización de un riesgo relacionado con él”, “Acotaciones históricas al artículo 1107 del Código Civil”, *cit.*, pág. 594.

⁸⁸⁰ Conf. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación” en *Centenario del Código Civil*, T. II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 1566 y s.s. Es decir que corresponde negarse la imputación de los daños que estén ligados a la existencia natural de la presunta víctima. Por ejemplo, no cabe responsabilizar al autor de una herida leve, los daños que la “víctima” sufre mientras regresaba a su domicilio luego de acudir al hospital para tratarse la primera lesión.

⁸⁸¹ CARRASCO PERERA, Ángel, *ob. cit.*, pág. 728. Compartimos el criterio de PANTALEÓN PRIETO cuando expresa que la dificultad en este caso radicaría en probar fehacientemente que aún adoptando el deudor una conducta lícita el daño se hubiese igualmente producido. La prueba de este extremo, que funciona como eximente de responsabilidad, debe ser lo más certera posible.

⁸⁸² PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, *cit.*, págs. 1566 y s.s.

⁸⁸³ Aquí tendría una fructífera aplicación los postulados de la Escuela Económica del Derecho que contemplan la distribución de los riesgos entre los contratantes teniendo en cuenta los costos de mitigación y los de asunción de los daños. Entonces: cuando para el acreedor los costos que implican las medidas que ha de emplear para evitar o mitigar los daños sean inferiores al costo de una posible asunción de tales daños, incurrirá en “culpa” *credendi*, lógicamente no imputable al deudor.

representarse que le irrogaría al acreedor en caso de incumplir la obligación contractual. La norma no distingue ¿por qué lo haremos nosotros?

Por último, no debemos olvidar que el verdadero interés del acreedor frustrado por el deudor incumplidor radica precisamente en el cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato (interés positivo) y no -al menos no debiera- en el resarcimiento del daño causado. Por ello, y recordando que estamos en el ámbito contractual, la primera y más importante acción que nace en cabeza del acreedor es la de “cumplimiento contractual”, sea realizado éste por el deudor, sea por un tercero a costa de él⁸⁸⁴. Sólo subsidiariamente debe aplicarse el artículo que tratamos. Este tema puede tener gran relevancia en los casos que se le impute al letrado mala práctica derivada de una caducidad de la instancia procesal y aún esté con vida el derecho de fondo -por no haber operado la prescripción de la acción-⁸⁸⁵.

Siguiendo con la norma en cuestión, dice su segunda parte “*En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*”. No obstante la literalidad del precepto *al deudor doloso también debe aplicársele el límite de la reparabilidad dado por el juicio de previsibilidad, así como la regla de imputación de los daños asociada a la noción de “consecuencia necesaria”*. El mismo POTHIER luego de sentar la regla que “*cualquiera que comete dolo, se somete ipso facto, velit nolit, á todos los daños y perjuicios que de su mal proceder resulten*”⁸⁸⁶, aclara que “*no deben comprenderse en los daños y perjuicios, cuyo pago incumbe al deudor doloso, aquellos que además de ser una consecuencia remota del dolo, no derivan de él necesariamente, y pueden tener al mismo tiempo otras concausas*”⁸⁸⁷.

Lo que diferencia a este deudor del culposo es que en caso de dolo el deudor sabe (elemento cognitivo) y quiere (requisito volitivo) causar el daño. Es decir, se lo representa. *Por ello responde, además, de “todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”. Pero jamás, quede claro, responde de las consecuencias casuales desconocidas (ajenas al dolo), ni de las remotas (con las salvedades ya realizadas)*. Aquí hay concordancia con lo contemplado por el Código Civil argentino.

En otro sentido, pero no de menor importancia, cumple remarcar que *los tribunales casi no hacen aplicación del precepto que tratamos* y de esta forma dispensan igual trato al deudor culposo y al doloso. Sin embargo, *sí recurren al artículo 1103 in fine para “moderar” la responsabilidad sólo en el caso de tratarse de un deudor negligente -o aquél que responde imputado por algún factor objetivo de atribución de daños-*⁸⁸⁸.

Son numerosos los pronunciamientos judiciales en los que se aplica la mentada *moderación* que contempla la norma en casos de “conurrencia de culpas”. Ello jurídicamente conlleva un yerro, ya que la mal denominada “compensación de responsabilidades” actúa, en primer lugar, en el ámbito de la causalidad. Por lo tanto, lo que debe hacer el juzgador es asignar a cada “causante” la precisa medida en la que debe responder (o soportar, según el caso) teniendo en cuenta la “relevancia causal” de cada conducta reputada culposa (aunque en general sea suficiente, por regla, el “hecho” de la propia víctima; no debiéndonos olvidar al hecho de un tercero y el *casus* genérico, no para “compensar” responsabilidades, pero sí para limitar o excluir la del letrado). Repetimos: no se trata de un problema de culpabilidad, sino de causalidad.

Además, y admitiendo que fuese un problema de culpabilidad, también debe calibrarse la extensión de la reparabilidad al deudor sobre la base de su actuación culposa y descartarse lo que corresponde a la órbita de la otra persona, en la especie “culpa” o hecho del propio acreedor -o de un tercero, o por efecto del *casus-*

⁸⁸⁴ Ver artículos 1096, 1098 y 1099 del Código Civil español. También el artículo 505 del Código Civil de Vélez, y el art. 731 del nuevo Código argentino.

⁸⁸⁵ Por supuesto ello será sólo posible en la medida en que no haya un verdadero deterioro de esa relación especial que vincula al letrado con su cliente. Caso contrario recurrirá a otro abogado para que ejerza “nuevamente” la acción caducada en el proceso anterior.

⁸⁸⁶ *Ob. cit.*, n° 166, pág. 101.

⁸⁸⁷ Sienta esa máxima luego de preguntarse si “¿se extenderá la responsabilidad del deudor á todos los perjuicios que más lejana é indirectamente deriven del dolo?”, *Tratado de las obligaciones, ob. cit.*, n° 167, pág. 101.

⁸⁸⁸ POTHIER decía “falta advertir que cuando son de mucha monta los daños y perjuicios que un deudor está tenido á indemnizar á causa de haber dejado de cumplir por culpa, no por dolo, con su obligación, no deben justipreciarse con todo rigor”, *ob. cit.*, n° 164 págs. 98 y 99 y también en n° 168, pág. 102.

También se aplicó esta facultad principalmente en la responsabilidad derivada de obligaciones que se contrajeron en forma gratuita, en los casos denominados *compensatio lucri cum damno* (denominación que merece sus reservas) y en aquellos daños producidos en parte por culpa del deudor y en otra por un evento fortuito no siendo posible establecer con exactitud la medida de cada uno.

No debe olvidarse, en este aspecto, la importancia de determinar si el deudor actuó dolosa o culposamente. Tampoco la dificultad que acarrea la prueba directa del dolo. Por estos motivos pensamos, con idéntica solución que la referida en el Derecho argentino, que es de plena aplicación la máxima *lata culpa dolo aequiparatur* que tendría la virtualidad de hacer inaplicable la moderación a aquellos deudores que groseramente incumplen su obligación.

Por último, se dice que *esta "facultad moderadora" deriva del principio de la equidad*, entendida ésta como la aplicación de la justicia al caso concreto. Por lo tanto, *constituye una herramienta importantísima de los jueces para lograr su cometido de impartir justicia. Pero también para hacer injusticias*, debido a que, como toda facultad, puede o no usarse, y así de la discrecionalidad no poca veces se llega a una lisa y llana arbitrariedad. Tengan prudencia los juzgadores, pues, en la aplicación de tal precepto y logren, en la medida de lo posible, uniformidad en su concreción.

Hacemos este ruego porque parece que pasan por alto que las reglas contenidas en el artículo 1107 son imperativas y los magistrados debieran atenerse a su letra y no recurrir, cuando quisieran, a una norma facultativa como lo es la del artículo 1103 *in fine*.

2.3. Apretada síntesis sobre la causalidad.

Como breve síntesis sobre la causalidad debemos mencionar que *hay que reconocer que no se indemnizan todos los daños (léase lesiones) ni todo el daño*. Límite para éste lo constituye el juicio de "previsibilidad" más la "necesidad" de la consecuencia en el sistema español. Para aquéllos la teoría de la causalidad adecuada luego de ser asistida por la de la *conditio sine qua non* en todos los ordenamientos estudiados⁸⁸⁹.

Reconocemos que el moderno "Derecho de Daños" centra su atención en la víctima (su daño) y no en el responsable, siendo ello una postura o premisa por todos repetidas. No se nos escapa, además, que el daño es el mismo, independientemente de la culpa (subjetividad) del autor. Tal vez con esta interpretación *legalista* que hacemos tanto del sistema argentino, cuanto del español, no se respeta plenamente el principio de la *restitutio in integrum* por casi todos proclamado (hoy elevado a ley en el sistema argentino, conforme a su artículo 1740). ¿Acaso no sea éste otro principio tan utópico como el de volver las cosas al estado anterior?

Lo cierto es que *estos códigos decimonónicos*⁸⁹⁰ (el francés de 1804 -con sus recientes reformas-, el italiano de 1865 -igual que el de 1942-, el español de 1889 y el argentino de 1871 -recientemente derogado-) como tantos otros, *contemplan un distinto trato al deudor contractual que actúa con culpa (negligencia, descuido, imprudencia, impericia, etcétera) respecto de aquel que causa un daño a título de dolo (o culpa grave)*. Igual distinción hace, al menos en el ámbito contractual, el novel Código Civil y Comercial argentino (art. 1728) y la reforma propiciada al Código napoleónico (arts. 1231-3 y 1231-4).

Todo ello nos hace presumir que la responsabilidad civil estaba llamada a cumplir, desde antaño, además de su típica función reparadora o resarcitoria, la punición de ciertas conductas (pero no se vea en tal afirmación que tomamos partido por la doctrina del "daño punitivo", con carácter o aplicación general). Pero ya nos estamos excediendo con el tema

⁸⁸⁹ En idéntico sentido ha dicho Spota hace varias décadas que "el nexo de causación adecuada, que exige nuestra ley para establecer si el daño es o no imputable a la conducta del agente requiere que se cumplan dos condiciones: primera, que el daño reconozca en el hecho del agente la calidad de condición necesaria *sine qua non*. Segunda, que ese hecho resulte 'adecuado' para que se produzca el daño"; ver: SPOTA, Alberto G. (h), "El nexo adecuado de causalidad del daño", *La Ley*, 1984-D, 323.

⁸⁹⁰ No debe olvidarse, empero, las fuentes romanas (PAULO) que tienen los preceptos analizados. Fuentes que tuvieron su concreción moderna -si bien parcial- a través del gran POTHIER.

"

de la causalidad, así que ahora nos ocuparemos del daño por el que debe responder el letrado imperito, haciendo más concreto y entendible todo lo recientemente señalado.

3) Conclusiones sobre la causalidad.

- 1) La causalidad cumple en el ámbito de la responsabilidad civil dos funciones: la primera, en tanto que “presupuesto responsabilizante”, sirve para la imputación del daño *-an respondeatur-*; y la segunda finalidad es fijar el límite de las consecuencias (daños) reparables *-quantum respondeatur-*. La teoría de la relación de causalidad adecuada es fundamental para constatar la primera función referida. En cuanto a la última, es menester recurrir a los Códigos de fondo que tratan esta cuestión y atenerse a lo allí predicado, en especial lo referido a la clasificación de las consecuencias y al distinto trato brindado al deudor culposo respecto del doloso.

Parte segunda: el daño.

En esta última parte de la presente tesis analizaremos los *daños “o” perjuicios que puede causar un abogado imperito por los que deberá brindar respuestas patrimoniales*⁸⁹¹. De esta forma llegamos al “centro” de la responsabilidad civil, tocamos su parte vital, su corazón. No es nueva la idea: *el daño constituye el eje del sistema de responsabilidad civil*. Ya los MAZEAUD⁸⁹² le brindaban singular trato al “presupuesto” que nos ocupa. Y esto es así por la sencilla razón que es a partir del daño que se busca su reparación⁸⁹³. Desde su acaecimiento el Derecho construye todo un sistema en procura de restablecer una situación que fue alterada con el hecho “ilícito” (ilícito en sentido amplio).

Lamentablemente, a pesar de la importancia y respeto que merece este instituto, se ha desbordado con su tratamiento hasta el punto de fundir a la responsabilidad civil con el daño. Tal afirmación no necesita mayores explicaciones, basta con repasar lo sucedido con buena parte de nuestra doctrina en las últimas décadas, la cual, amén de haber mal interpretado al “sistema” responsabilizador, directamente prefiere hablar de un “Derecho de Daños”⁸⁹⁴.

En cuanto a la definición de daño -cuestión que nos servirá para comprender el menoscabo que puede causar el abogado en ejercicio de su “misión”- la que más se acomoda a lo que llevamos dicho es la de nuestro padre, quien afirmó que “Daño es la lesión disvaliosa de un interés sobre un bien jurídicamente protegido”⁸⁹⁵.

⁸⁹¹ Tratamos este tema, en parte, en nuestro trabajo titulado “De los daños por los que debe responder un abogado negligente”, en *Responsabilidad Civil, homenaje al profesor doctor René A. Padilla*, Luis F. P. LEIVA FERNÁNDEZ (Director), René Padilla (h), Rodrigo Padilla, Esteban Javier Arias Cáu y Luciano Angelini (Coordinadores), La Ley, Buenos Aires, 2010, págs. 387 y s.s.

⁸⁹² MAZEAUD, Henri y Léon – TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. 1ero, vol. 1, *cit.*, n° 208, págs. 293 y s.s., quienes sostienen: “Entre los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, el perjuicio es aquel cuya existencia suscita menos discusiones. La jurisprudencia se muestra unánime en declarar que no puede haber responsabilidad sin un daño; y la inmensa mayoría de la doctrina se contenta con registrar la regla. En efecto *ese requisito aparece como integrando la esencia de la responsabilidad civil*. Puesto que se trata de reparar, hace falta desde luego que exista algo que reparar. Por eso se distingue esencialmente la responsabilidad civil de la responsabilidad moral y de la responsabilidad penal... Esa es la regla general. Se refiere tanto a la responsabilidad delictual (extracontractual) como a la contractual”. La cursiva y lo escrito entre paréntesis nos corresponde. Por supuesto que ni remotamente se pensaba en algo semejante al denominado “daño punitivo”.

⁸⁹³ Nótese que es mas bien moderna la tendencia (muy acertada) de evitar y prevenir el daño. Por lo menos ello afirmado respecto del Derecho continental europeo y de los ordenamientos que siguieron sus enseñanzas. De hecho, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina establece, en forma expresa y contundente, como funciones de la responsabilidad civil, la “prevención del daño” y su “reparación” (conf. al art. 1708, disposición con la cual se da inicio al capítulo de la responsabilidad civil). Quepa aclarar que por obra del Poder Ejecutivo se le privó al mentado Código de la función “punitiva” que originariamente le había impreso el Proyecto (en el art. 1714). Por supuesto que dicha función punitiva tiene aplicación en regímenes especiales, tal como la normativa que atañe a la defensa del consumidor. Ver, de nuestra autoría: “Cuestiones generales de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial”, *Revista de Anales de Legislación Argentina*, Luis F. P. Leiva Fernández (Director), Año LXXV, n° 27, octubre de 2015, La Ley, Buenos Aires, pág. 173 y *Temas fundamentales de Derecho Civil en el nuevo Código de Derecho Privado*, Bibliotex-Advocatus, Tucumán-Córdoba, 2016, pág. 71.

⁸⁹⁴ Este mismo criterio ya motivó a Adriano DE CUPIS a escribir su excelente obra titulada *Il Danno. Teoria Generale della Responsabilità Civile*, Milano, 1946. En ella analiza toda la responsabilidad civil desde la exclusiva óptica del daño. Si bien nuestra postura no difiere muy mucho de ella, jamás llegamos a fundir (¡y confundir!) a la responsabilidad con el daño. Hay que darles a las “cosas” el lugar que merecen: el daño constituye el eje del sistema, pero no lo confundamos con tal.

⁸⁹⁵ *Sistema...*, *ob. cit.*, pág. 46. Esta misma definición es seguida por Edgardo López Herrera quien bien aclara que “no es exactamente lo mismo decir que se lesiona un interés sobre un ‘bien jurídicamente protegido’ que un ‘interés no reprobado por la ley’... Pareciera entonces que se ha avanzado un poco más. No sólo cuando se lesiona un derecho subjetivo y un interés legítimo, entendido aquel que es protegido por el Derecho, sino cualquier interés, con tal que no sea prohibido por el ordenamiento jurídico (...) La distinción no es ontológica, sino procesal. Se sostenga una u otra postura siempre el resultado final debe ser el mismo. Es que de una forma u otra, ningún juez autorizará el pago del daño a un interés que no esté protegido por la ley. Donde unos ven ‘interés no prohibido por el ordenamiento’ otros podrán decir que hay un ‘interés protegido por el ordenamiento’, aunque más no sea por la falta de prohibición. Si el ordenamiento no prohíbe es porque protege. La diferencia está en la forma de plantear el reclamo, en las ventajas procesales que se otorgan a la víctima. El actor, si se sostiene que el daño resarcible es el que lesiona un ‘interés jurídicamente protegido’, deberá

Quede claro, cuando decimos “lesión disvaliosa”, queda significada la esencia del daño que comienza, antes de relacionarse con los demás puntos de conexión, por ser una realidad (material o no) *disvaliosa*, es decir negativa cotejada con un valor. A esa “entidad” se le habrán de añadir las relaciones establecidas que estudiamos en los capítulos anteriores para conformar la definición de daño “jurídico”⁸⁹⁶.

Por otro lado, es común en nuestro medio enumerar *requisitos* para que el “daño”-*lesión*, mientras tanto- sea resarcible. Entre éstos los que generalmente se nombran son los siguientes: se remarca que el daño debe ser *cierto*⁸⁹⁷, es decir no debe ser hipotético o

individualizar en su demanda algún tipo de protección dentro del ‘ordenamiento jurídico’. En cambio, con el nuevo Código, la carga de la prueba se invierte. El actor nada tiene que acreditar ni alegar respecto del interés lesionado y su protección por parte del ordenamiento jurídico. Mejor si lo hace y cualquier abogado aconsejaría que, aunque sea vagamente, así lo haga. Pero la verdad es que no tiene tal deber, le basta con la prueba del daño injusto. Pesa sobre el demandado acreditar la reprobación legal del interés”, conf. LÓPEZ HERRERA, Edgardo “El concepto de daño y su indemnización en el Código Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho de Daños, 2015-2, Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, págs. 147 y s.s.

Este nuevo enfoque (no tan nuevo en puridad) tiene mucho que ver con lo que predica el novel Código respecto de otro requisito básico de la responsabilidad civil, nos referimos a la “antijuridicidad”. Es que el novel ordenamiento, luego de establecer el deber de prevención del daño (1710 y s.s.) y determinar el deber de reparar el mismo (sea que tenga su génesis en la violación del deber genérico de no dañar a otro o en el incumplimiento de una estricta *ob-ligatio* -art. 1716-), regula la materia de la antijuridicidad, la cual es *presumida* a partir de la producción del daño, al determinar que “*Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada*” -conf. art.1717-. También el nuevo Código menciona específicamente las causales de justificación, aquellas que borran la ilicitud de la acción. Así el art. 1718 determina que está justificado el hecho que causa un daño si lo fue: en ejercicio regular de un derecho (inc. a); en legítima defensa propia o de terceros (inc. b); o para evitar un mal -mayor-, actual o inminente, que amenaza al agente o a un tercero (inc. c; estado de necesidad). Ver, de nuestra autoría: “Cuestiones generales de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial”, *Revista de Anales de Legislación Argentina, cit.*, La Ley, Buenos Aires, págs. 173 y s.s. y *Temas fundamentales de Derecho Civil en el nuevo Código de Derecho Privado, cit.*, pág. 74.

⁸⁹⁶ El nuevo Código argentino ha optado por brindar una definición del daño, ello a diferencia de los otros presupuestos responsabilizantes a los cuales en general no los define. Así, el art. 1737 define al daño. Ese art. da inicio a la Sección cuarta que termina con el art. 1748 que señala, acertadamente, que el curso de los intereses comenzará desde que se produce cada perjuicio. Entonces, el daño se define en el nuevo Código en el art. 1737, el cual reza que “*Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva*”. Como puede observarse se opta por una definición “amplia” del daño resarcible. Resaltaremos que ya el Proyecto de 1993 (PEN) señalaba en su art. 1565 que existe daño siempre que se cause un perjuicio a otro, ya sea a su persona, o a su patrimonio, “o a sus intereses no reprobados por ley”. También el Proyecto de 1998 establecía que debe ser reparado el daño causado a un derecho, o a un “interés que no sea contrario a la ley”, si no está justificado (art. 1588). Por otro lado, es claro que *la indemnización es la consecuencia de la lesión*. De hecho, en los propios Fundamentos del Anteproyecto -luego devenido en Proyecto y después en Código- se señala que se debe distinguir entre “daño” e “indemnización” en base a los siguientes criterios: “El daño causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento. Cuando ese derecho o interés es *individual* recae sobre la persona o el patrimonio, y esto significa que los derechos tienen un objeto, como se señala en el título preliminar. También están incluidos los de incidencia *colectiva*. Esta caracterización hace que distingamos entre la *definición del daño-lesión* y la *indemnización*, lo que aporta más claridad en la redacción. La responsabilidad es uno de los instrumentos de protección de los mencionados derechos, siendo una de sus funciones la *reposición al estado anterior al hecho generador o la indemnización*. Por lo tanto *la indemnización es una consecuencia de la lesión*. En síntesis, hay daño cuando se causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento, que comprende: a) el interés individual del legitimado sobre su persona o su patrimonio; b) el interés respecto de los derechos de incidencia colectiva”. Teniendo ello presente, se puede entender la redacción del art. 1738, el cual reza de esta forma: “*La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida*”. Por supuesto que ya hablaremos sobre estos temas más adelante, en especial sobre el perjuicio denominado “pérdida de chances”.

A su turno en España, la Propuesta de reformas del Código Civil, realizada por la asociación de profesores, determina en el art. 5191-3 (que corresponde a la responsabilidad extracontractual) que: “Daño es cualquier lesión o menoscabo de un bien jurídico, ya sea un derecho o ya sea un interés jurídicamente protegido”. Ver: *Propuesta de Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Tecnos, Madrid, 2018.

⁸⁹⁷ Resalta la característica de la “certeza” del daño, aplicado a nuestro ámbito específico, PETTIS, Christian R., “El presupuesto del daño en la mala praxis de los abogados y procuradores. Cuestiones relacionadas con su determinación y cuantificación”, en *La Ley*, 2001-D, 938 y s.s. Puede verse también TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, n° 6 y s.s., págs. 7 y s.s.; en el Derecho francés, ver MAZEAUD, Henri et Léon - MAZEAUD, Jean - CHABAS, François, *Leçons de droit civil, t. II, 1er vol., Obligations, théorie générale*, 8a ed. par François Chabas, Montchrestein E.J.A., París, 1991, n° 411, págs. 398 y s.s., quienes señalan que “*Affirmer que le préjudice doit être certain, c’est affirmer qu’il n’y a pas de doute sur sa réalité*”.

eventual; puede ser tanto *presente* cuanto *futuro*, aunque este último sólo es reparable si es probable que se produzca; debe ser, como regla, *subsistente* (aunque si el damnificado o un tercero ya lo “reparó”, se puede solicitar su reembolso al responsable); tiene que ser, también en principio, *propio o personal* del reclamante; si estamos en el régimen contractual (y más allá del intento unificador) como el que tratamos de responsabilidad del profesional frente al cliente, el daño debe ser *directo*; debe afectar algún *interés legítimo* del reclamante. En fin, debe estar en cierta *relación de causalidad adecuada, eficiente o jurídicamente relevante* - según diversos criterios- con su hecho generador⁸⁹⁸.

Al respecto el nuevo Código argentino determina en el art. 1739, primera parte, que “*Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro*”⁸⁹⁹, *cierto y subsistente*”. En pocas palabras sólo requiere, al parecer, que el daño sea cierto y subsistente -aunque con las aclaraciones que acabamos de realizar y que aún haremos más adelante-.

Otro capítulo repetido entre los autores al tratar este tema es el de la *clasificación de los daños*. Así se habla de daños patrimoniales y extrapatrimoniales; inmediatos y mediatos; previsibles e imprevisibles; comunes y propios; intrínsecos y extrínsecos, etcétera⁹⁰⁰.

En este aspecto el nuevo Código argentino no contiene una clasificación de los daños como propugnaba cierta doctrina⁹⁰¹. Más aún, en los Fundamentos puede leerse que “La comisión ha discutido si es necesario clasificar el daño patrimonial, extrapatrimonial o moral, distinguiendo distintos supuestos, pero se ha considerado que es una tarea que corresponde a la doctrina y la jurisprudencia, ya que una norma general no podría dar cuenta de la enorme variedad de casos que se presentan”. Vale decir que además de no clasificar a los daños, el nuevo Código tampoco contiene una lista de los casos en que puede presentarse un daño moral o, por el contrario, material. Ello es correcto, claro está.

⁸⁹⁸ Conf. ALTERINI, *ob. cit.*, págs. 124 y s.s. Igual temperamento puede verse en BUSTAMANTE ALSINA, *ob. cit.*, pág. 146. Por su parte, el Proyecto de Código Civil para la Argentina de 1998 en su art. 1601 dice: “Daño reparable. Son reparables el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial, sea directo o indirecto, así como el daño futuro cierto, y la pérdida de las probabilidades en la medida que su contingencia sea razonable”. Respecto del nuevo Código argentino, que también aludimos en el texto, dice al respecto que “Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. *La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador*” (conf. art. 1739). Lo resaltado con cursiva nos pertenece. Más adelante analizaremos el apasionante y problemático tema de “la pérdida de chance”.

⁸⁹⁹ Para cierto jurista los daños “ciertos y actuales” no exhiben mayores dificultades a la hora de determinar su procedencia y extensión. En cambio, la constatación de un daño “futuro” lleva implícito un componente aleatorio referido a la certidumbre de su acaecimiento y a la extensión de su resarcimiento. En dicha categoría de daños futuros se subsumen los subtipos de lucro cesante y pérdida de chance, conforme PITA, Enrique Máximo, “La indemnización del lucro cesante y de la pérdida de chance. Delimitación del daño resarcible”, en *Revista de Derecho de Daños, 2015-2. Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, págs. 189 y 190. Por nuestra parte deploramos disentir con esta afirmación, puesto que entendemos que la pérdida de chance constituye un daño “actual”, ello debido a que lo que se pretende resarcir es esa esperanza, oportunidad, etc., que estaba (o estuvo) “actualmente” en cabeza de la víctima y que deberá correr por cuenta del responsable, si se constatan los requisitos para que la misma resulte resarcible. Por cierto, que esta cuestión es polémica, pues algunos incluso creen que la pérdida de chance constituye una especie de “lucro cesante”, postura que tampoco compartimos pues para nosotros se trata de un nuevo concepto dañoso dotado de todas las particularidades que *infra* se analizarán. Además, tampoco es exacto sostener que el daño actual es cierto, y el futuro incierto. Ambas son categorías independientes, no teniendo porqué coincidir.

⁹⁰⁰ Ver, entre tantos autores, ALTERINI, *ob. cit.*, págs. 124 y s.s.; BUSTAMANTE ALSINA, *ob. cit.*, pág. 146. Sólo nombramos algunas de las “clásicas clasificaciones”, debido a que modernamente es observable un desmesurado crecimiento del presupuesto daño, tanto cuantitativa, como cualitativamente, lo que engendraría ni más ni menos que “nuevos daños”.

Relativo a este tema puede verse el interesante art. 1600 del Proyecto de Código Civil para la República Argentina del año 1998 que consta de cinco incisos. El primero se refiere a lo que debe entenderse por “daño patrimonial”; el segundo al “daño extrapatrimonial” (o moral); el que sigue es de suma importancia, si bien anteriores Proyectos ya tenían este criterio, en el Código de Vélez no existía algo semejante, pues se menciona y precisa una vieja idea desarrollada magníficamente por Rudolf von Ihering referida al “daño al interés negativo”; los dos últimos incisos nos hablan del “damnificado indirecto” y de la indemnización con fundamento en la “equidad”, respectivamente.

⁹⁰¹ Ver, entre tantos autores, PADILLA, Rodrigo, *Curso de responsabilidad civil... cit.*, págs. 70 y s.s.

Ya entrados en clima *nos referiremos pura y exclusivamente al daño*⁹⁰² *que puede causar el abogado a su cliente cuando no cumple correctamente su obligación específica*; en pocas palabras cuando incurre en mala praxis *legal o forense*⁹⁰³. También se hará referencia, en un grado menor, a los perjuicios que se pueden causar a “terceros”; aunque tales casos son significativamente menores y algo excepcionales, no obstante observamos su acogimiento, consolidación y crecimiento en los últimos años.

Para su enfoque proponemos esta metodología: estudiaremos primero los daños más evidentes que pueden generar los profesionales del Derecho bajo el rótulo de “gastos y costas procesales”; luego incursionaremos en el apasionante tema de la “pérdida de chances”, principal rubro en juego; después abordaremos el posible menoscabo extrapatrimonial -“daño moral”-; finalizaremos la cuestión con una breve mención a la “pérdida o privación del derecho a una tutela judicial efectiva”.

⁹⁰² El caso más común en el cual el abogado incurre en mala praxis y debe afrontar los perjuicios ocasionados a su cliente, sin dudas que lo constituye la perención o caducidad de instancia en la que puede incurrir en el cumplimiento de la prestación judicial. Por supuesto que el daño irrogado, no obstante ser idéntica la ‘falta’ cometida -impericia-, no será el mismo cuando la mentada perención conlleve la extinción del derecho por prescripción, de aquel en el cual la declaración de caducidad no conduce a tal extinción, siendo mayor la envergadura del daño por el que debe responder el letrado en el primer caso. En este sentido lógico se expidió la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala II, 17-10-1996, “De Castro, Edison A. c/C., D. A.”, *La Ley Buenos Aires*, 1998, 555, resolución compilada por PREVOT, Juan Manuel, *Manuales de jurisprudencia. Daños y Perjuicios. Parte especial*, La Ley, Buenos Aires, 2008, n° 2048, pág. 461. También puede verse idéntica postura en la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 24-09-2004, “Ábalos Aliaga, Rubén P. c/I., N. J. y otro”, *La Ley* del 08/10/2004, 4, y en numerosos pronunciamientos que nos refiere KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, pág. 724, nota 120. En otro orden de cosas, pero referidos a supuestos comunes de daños profesionales generados por los letrados, se ha remarcado en el Derecho español que los casos más abundantes de responsabilidad civil por mala praxis “legal” se refieren a asuntos ventilados ante la jurisdicción civil. El segundo lugar lo ocupan las impericias llevadas en el fuero social. En tal sentido, GONZÁLEZ FERRER, Juan José - YBARRA LÓPEZ-GÓMEZ, Javier, “La responsabilidad civil del abogado en materia de despido laboral”, en *OTROSÍ, Publicación informativa del Colegio de Abogados de Madrid*, noviembre de 2001, N° 31, pág. 18.

⁹⁰³ La necesidad de acreditar el perjuicio sufrido por el ex cliente es un tema frecuente en la jurisprudencia. Al respecto se sostuvo que “quien promueve la acción de daños y perjuicios tendiente a obtener reparación por el comportamiento profesional del letrado que oportunamente lo asistiera, tiene a su cargo la obligación de demostrar la existencia real y concreta de un daño cierto indemnizable -en el caso, dejó caducar la instancia de un proceso donde patrocinaba a la parte actora- para que, después sea dable ingresar a una ulterior etapa de evaluación de sus consecuencias”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, R., S. c. G., N., 30/03/2004, *La Ley*, 2004, 641; también se puede constatar dicho fallo en SCHWARZBERG, Carlos, PENNINO, Luis, “Responsabilidad civil del abogado”, *RCyS*, 2009-VII, págs. 28 y s.s.

No descartamos que puedan existir otros tipos de daños -vg. daño moratorio⁹⁰⁴- que puedan generar los letrados con su conducta imperita⁹⁰⁵, pero sin dudas que estas clasificaciones abarcarían la gran mayoría de las eventuales situaciones posibles⁹⁰⁶. Ahora, sí, nos enfocaremos en cada rubro en particular⁹⁰⁷.

1) Daño emergente: gastos y costas procesales.

⁹⁰⁴ No es común constatar esta especie de “daño” entre los típicos de los cuales deba brindar respuestas patrimoniales un abogado negligente, pero ello es perfectamente posible, incluso puede ser el único menoscabo causado -daño moratorio autónomo-. Por ejemplo, si un letrado se demora un considerable tiempo en interponer una acción, estando en condiciones de hacerlo, y sin que ello haya conllevado la prescripción de la acción; o cuando un profesional del Derecho dilate, no ya el inicio de la acción, sino el proceso mismo en el que actúa, es decir se constate cierta dejadez, o abunden sus planteos inconducentes, y ello no haya generado la caducidad de la instancia. O, incluso, si un letrado se demora años en iniciar un proceso sucesorio, o un proceso voluntario, etcétera. Evidentemente no habrá, en general, en las situaciones descriptas, nada más que un daño moratorio, es decir, una demora injustificada e imputable al letrado que genera daño en su cliente, y del que deberá responder civilmente. Ver, en este sentido, PETTIS, Christian R., “El presupuesto del daño en la mala praxis de los abogados y procuradores. Cuestiones relacionadas con su determinación y cuantificación”, en *La Ley*, 2001-D, 938 y s.s. También hace mención a este tipo especial de perjuicio KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, págs. 724 y 725. Allí nos dice que a veces el daño consiste en la excesiva dilación producida por la negligencia o la impericia profesional. Además, dicha reconocida jurista mendocina nos refiere casos en los cuales la solución no amerita mayores comentarios, como ser cuando el letrado no deposita el dinero que el cliente le entrega para pagar la condena, o cuando percibe sumas debidas a su cliente y no se las entrega -incurriendo en el delito de defraudación por la apropiación indebida de fondos-. En estas situaciones el requisito de la certeza del daño luce manifiesto. También puede suceder que la desidia, *mora*, o tardanza del profesional genere, no ya su responsabilidad civil, pero sí la disciplinaria. Así, el Tribunal de Ética del Colegio de Buenos Aires sancionó a un abogado que demoró siete meses en pedir la verificación de un crédito en un concurso contando para ello con sentencia dictada por una Cámara Laboral. Dicha sanción fue confirmada por la CNFed. CAdm., sala I, 27-06-2003, publicada en *La Ley*, 2004-A, pág. 505. Ver: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Reflexiones sobre las normas deontológicas y la responsabilidad del abogado”, *cit.*, pág. 50. En el Derecho español, también la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 11ª, se refirió a esta clase especial de perjuicio, el daño “moratorio”, en la sentencia de fecha 4 de diciembre de 2014, determinando que “se puede afirmar que esa actuación negligente lo que causó fue una demora en la obtención de la pensión (porque el posible derecho a ella no había decaído) y, por esa demora, una situación de agobio, ansiedad e incomodidad en la demandante que se vio sin el apoyo económico con la marcha de la casa de su esposo. La negligencia del letrado demoró la expectativa de obtener la pensión, que la demandante consiguió en cuanto cambió de letrado y obtuvo, además, el consentimiento o acuerdo de su esposo. Esto especifica que la pérdida de la oportunidad no fue absoluta y definitiva, sino relativa y temporal... Que esto sea calificado por la sentencia como un daño moral parece totalmente ajustado a la realidad y a los criterios de la jurisprudencia”; ver en LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *ob. cit.*, págs. 108 y 109.

⁹⁰⁵ Ver, de nuestra autoría, «De los daños por los que debe responder un abogado negligente», en *Responsabilidad Civil, homenaje al doctor profesor René A. Padilla, cit.*, págs. 387 y s.s.

⁹⁰⁶ Resulta de interés que hagamos mención aquí a un libro recientemente editado en España, que tanto citamos en esta tesis, en donde se realiza una selección jurisprudencial concerniente a la responsabilidad de los abogados y procuradores. Allí se mencionan, literalmente, como “hechos generadores” de la responsabilidad civil del abogado a los siguientes casos: apropiación indebida, asesoramiento incorrecto, deber de fidelidad, deslealtad profesional, ejercicio de acción prescrita o caduca, error inexcusable, estafa, falta de actuación, falta de comparecencia, falta de información, ignorancia de la norma aplicable, incumplimiento del secreto profesional, no seguir las instrucciones del cliente, prevaricación, responsabilidad por hechos ajenos, retención de documentos de clientes; a su turno también se mencionan a las causales de “exoneración”, siendo tales: el cumplimiento correcto de sus funciones, error corregible, falta de nexo causal, falta de prueba, obligación del procurador, renuncia a la defensa, seguir las instrucciones de su cliente, sin incidencia en el resultado. Esta misma obra además realiza una enumeración de los “hechos generadores” ya no atribuidos al letrado, sino al procurador, siendo éstos: apropiación indebida, error inexcusable, falta de información al cliente, no seguir las instrucciones del letrado, omisión de algún trámite, pasividad en las actuaciones, presentación de documentos fuera de plazo, transmitir al abogado todos los documentos; y como causales de “exoneración” de dicha responsabilidad civil, se nombran: cumplimiento de sus obligaciones, incomparecencia en actuaciones judiciales, falta de notificación, obligación del abogado, sin incidencia en el resultado. La obra a la cual nos referimos es LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *Selección de Jurisprudencia. Responsabilidad civil de abogados y procuradores. Responsabilidad Civil y Seguro*, Editorial SEPIN, Madrid, 2016. Es claro que para dotar de mayor orden y, acaso, “cientificidad” a nuestra tesis, no vamos a seguir ese (ni ningún otro) criterio casuístico, sino que haremos las clasificaciones que proponemos en el texto (transitando el camino recorrido en capítulos anteriores). Ahora bien, por supuesto que haremos las debidas menciones a muchas de esas sentencias que se agrupan en la citada obra, incluso acudiremos a otras sentencias españolas que se analizan en otros estudios o trabajos.

⁹⁰⁷ Por cierto que la doctrina que emana de muchas de las sentencias del Tribunal Supremo español, en consonancia con la jurisprudencia menor de tal país -e incluso de algunas jurisdicciones Europeas-, incurre en el gravísimo error de otorgar partidas “globales” de daños resarcibles, sin especificar a qué concepto responden; no obstante, en esta tesis se analizará, como debe ser, cada uno de los rubros de los cuales puede verse obligado a responder el profesional del Derecho, por separado, atento a su distinta “naturaleza”. De todas formas, debemos reconocer que en los últimos años se produjo una suerte de “evolución” en la jurisprudencia española, sobretudo de la mano del Tribunal Supremo, en el sentido de distinguir adecuadamente -si bien no lo logra del todo, según nuestra opinión- los distintos tipos de perjuicios que puede causar un letrado imperito, según lo podremos constatar en las sentencias más recientes que citaremos *infra*.

Evidentemente el perjuicio más palpable derivado de una mala práctica de un profesional del Derecho serán los “gastos” que inmediatamente deberá afrontar el cliente en el proceso de referencia. Nótese que estamos en sede judicial, aunque bien pueden producirse gastos en el ejercicio profesional originados en actuaciones llevadas en el ámbito extrajudicial.

Pues tanto en uno, cuanto en otro campo de actuación profesional, el abogado que con su impericia causa un daño al cliente debe afrontar los “gastos” que éste ha incurrido en el marco del desarrollo contractual. Por tal entendemos en su acepción amplia a las *costas*⁹⁰⁸ y *costos procesales* si la prestación es ejercida en sede judicial⁹⁰⁹. Y si de responsabilidad civil del abogado frente a *terceros* nos referimos, es claro que las costas judiciales junto al daño moral y a veces la pérdida de chances, configurarían también rubros típicos de los cuales el abogado puede verse obligado a responder si se le condena civilmente⁹¹⁰.

Ahora bien, hablemos del cliente dañado, o mejor dicho del *daño causado al cliente*.

Afirmamos, entonces, que el profesional del Derecho imperito debe brindar respuestas frente a su cliente de estos ítems, a saber: los honorarios profesionales debidos o pagados a la contraparte; los honorarios profesionales debidos o pagados al propio abogado y/o procurador que produjo la mala praxis⁹¹¹; los honorarios regulados a los posibles peritos que intervinieron en la litis; y en general los demás “gastos” derivados de la tramitación del proceso judicial -Tasa de Justicia o impuestos legales, bonos profesionales, aportes jubilatorios, adelantos de gastos o de honorarios por pericias realizadas, diversos diligenciamientos, etcétera-.

Nótese que bien puede interpretarse que el abogado que incurre en mala praxis forense debe “devolver” los honorarios percibidos porque éste no ha cumplido con su prestación o la ha cumplido en forma defectuosa. Por supuesto que es un imperativo moral que el profesional no perciba su contraprestación si ha incurrido en alguna impericia que ha generado daño a su cliente. En tal sentido se ha resuelto que cuando un profesional realiza una tarea inconducente e inoficiosa no puede pretender que se le regulen honorarios a cargo del cliente⁹¹². Sin embargo las leyes que regulan el tema de los honorarios profesionales generalmente no hacen distinción alguna y contienen parámetros diferentes en cuanto a lo

⁹⁰⁸ En tal sentido se resolvió hace más de tres décadas que el letrado apoderado que por su impericia dejó prescribir la acción que se le encomendó promover, “debe indemnizar a su mandante por las costas del juicio perdido y por la chance de triunfar que tenía la acción prescripta”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 07-07-1987, “Beger, Andrea M. c/Cohen, Liliana N.”, *La Ley*, 1988-A, 346, *D. J.*, 1988-I, 707.

⁹⁰⁹ No estamos asimilando estos conceptos. Sus diferencias son evidentes. Sirva como ejemplo el art. 241 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Sólo marcamos una vinculación -un tanto arbitraria- de género (gastos) a especie (costas procesales).

⁹¹⁰ Conf. WIERZBA, Sandra M., “Responsabilidad civil del abogado por el inicio de una demanda infundada (con particular referencia a la ‘mala praxis’ médica)”, *RCyS*, 2009-V, págs. 51 y s.s.

⁹¹¹ No quedan dudas, desde nuestra óptica, que los profesionales imperitos deben “devolver” los honorarios que hubieren percibidos en aquel proceso en donde se manifieste su mala praxis. Sin embargo, se ha señalado en el Derecho español que son “escasas las resoluciones que se pronuncian sobre la reclamación de los honorarios abonados al Letrado negligente, ya que no suelen incluirse en la petición de condena a pesar de que cabe considerarlos como indemnizables”, conforme nos informa CERVERA MARTÍNEZ, Marta, “Responsabilidad civil del abogado”, publicado en *RCyS*, 2006, págs. 340 y s.s., quien nos cita una sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) del 16-12-96 (RJ 1996, 8971), en donde se condena al abogado a abonar “estos gastos” y una indemnización de 4.000.000 de pesetas, por haberse operado la prescripción de la acción derivada de un accidente de trabajo con fallecimiento del operario. No obstante, la postura del Tribunal Supremo es un tanto vacilante en este tema. De hecho, en una sentencia -también emanada de la Sala 1ª como casi todas las de mala praxis forense- de fecha 23 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7649) sienta la doctrina que “La retribución es un derecho del letrado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubiera podido incurrir por negligencia, derivándose de esta falta de diligencia la obligación de resarcir los perjuicios causados a aquella persona a quien el perjuicio se hubiera producido” (F. D. 3º). En puridad constituye una petición de principio dicha “doctrina Suprema”. Por nuestra parte, reiteramos, tanto desde una óptica deontológica cuanto desde el prisma de la ley civil, no corresponde al abogado negligente o imperito percibir nada en aquel juicio en el cual se evidencie su mala práctica, radicando, incluso, en cabeza de su cliente perjudicado, la posibilidad de oponer la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*), o de cumplimiento mal efectuado (*non rite adimpleti contractus*), tal como sostenemos en el texto y en citas posteriores en donde también pasaremos revista de sentencias de las Audiencias Provinciales en las cuales se estimó este claro rubro indemnizable, siempre y cuando sea probada la impericia del letrado y demás presupuestos responsabilizantes.

⁹¹² CNCiv., Sala E, 04-06-81, “C. de F. v. F. M. J. C.”, *La Ley*, 1981, C, pág. 551 y *E.D.*, 94, pág. 758. En el caso se pidió la disolución de la sociedad conyugal por separado, siendo que se había accionado por divorcio.

que debe percibir el letrado según el cliente haya resultado vencedor o vencido en el pleito⁹¹³, sin hacer mención alguna a supuestos de malas prácticas profesionales.

Incluso, en nuestra opinión, radica en cabeza del cliente perjudicado la posibilidad de oponer la *exceptio non adimpleti contractus* o la defensa de *non rite adimpleti contractus* a la pretensión del letrado imperito que solicite el pago de sus emolumentos profesionales en el frustrado proceso⁹¹⁴. “No obstante, la negativa a la restitución de los honorarios podrá justificarse cuando la responsabilidad civil derive del incumplimiento de un deber de prestación insignificante en relación con el deber de prestación principal”⁹¹⁵.

Ahora bien, una vez comprobada la mala práctica del profesional, deberá éste indemnizar a su cliente por el perjuicio irrogado, el que comprenderá, obviamente, lo que oportunamente el cliente le haya pagado⁹¹⁶.

⁹¹³ Ver, por todas, la Ley 5480 de la Provincia de Tucumán, República Argentina, que en su artículo 39 establece que los honorarios de 1ª instancia serán de entre un 11 y un 20 % del monto del proceso si resultó favorable, en tanto que se graduarán entre un 6 y un 14 % los honorarios del abogado de la parte vencida.

⁹¹⁴ Enseñó el maestro argentino Fernando LÓPEZ DE ZAVALÍA que “Cuando la prestación del demandante debió ser cumplida antes que la del demandado, o debe ser hecha simultáneamente con la de éste, el Derecho otorga al demandado la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*), o de cumplimiento mal efectuado (*non rite adimpleti contractus*)”. Ver *Teoría de los contratos, parte general*, 2ª edición, Zavallía, Buenos Aires, 1975, pág. 363. Evidentemente en los casos de responsabilidades profesionales tendrá más operatividad la excepción de contrato mal cumplido que la de contrato no cumplido. Sin embargo dicha *exceptio* no tiene mucha aplicación en los hechos, tal como nos demuestra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Civil y Penal) del 2 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 2209) en donde se considera que el cobro efectivo de los honorarios por parte del abogado demandado en un juicio de mala praxis no puede considerarse indebido y se entiende que existe una justa causa para su retención por el solo hecho de responder a una “intervención real y efectiva” del letrado. Claro está que no compartimos dicha postura. No nos convence con argumentar que los honorarios responden a una intervención real y efectiva. Por supuesto que requerimos que la misma sea al menos “diligente”.

⁹¹⁵ Conf. CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado...*, cit., pág. 408. Habrá que merituar cada caso en especial. Por ejemplo, si el letrado cumple diligentemente con el deber principal, incluso ganando el pleito, no sería procedente hacer valer la excepción de incumplimiento o mal cumplimiento contractual frente a alguna demora en la devolución de los documentos, pérdida de algunos de éstos que no conlleven consecuencias -vg. partidas de nacimientos, acta de defunción, de matrimonio, etc., breve demora en la percepción y/o entrega de sumas de dinero al cliente -siempre que cumpla con ello-, etc.

⁹¹⁶ Por ejemplo el Tribunal Supremo español condenó al letrado negligente a abonar lo que el cliente le había pagado a éste y al procurador (además de la indemnización en razón del daño originado por las posibilidades de éxito truncadas en una acción declarada prescripta) en la sentencia del 16-12-1996, siendo ésta una de las pocas resoluciones, como señalamos *ut supra*, que se pronunció sobre la reclamación de los honorarios abonados al letrado negligente, puesto que no suelen incluirse en la petición de condena a pesar de ser un rubro claramente indemnizable. En dicho sentido ver, entre otros, ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, “La responsabilidad civil de jueces...” cit., págs. 49 y 50. Ahora bien, de las Audiencias Provinciales encontramos estas sentencias en donde también se admite su reparación, a saber: la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 12ª, en fecha 1 de diciembre de 2005, determinó que “Resulta, apropiada la petición de resarcimiento consistente en la devolución de las cantidades que fueron entregadas al abogado apelante para el pago de sus servicios por cuenta que consta plenamente acreditado el daño causado al cliente por verse irremisiblemente privado del Derecho a que la Superioridad estudiase el recurso de apelación”; o la sentencia de la A. P. de Valencia, Sec. 11ª, de fecha 31 de octubre de 2003, en donde se sentenció que “entendiendo que concurrió una actuación contraria a la *lex artis* del letrado, al presentar la demanda no valorando los efectos que suponía la modificación de la planta judicial, la que generó como consecuencia el perjuicio económico, el pago de las costas por lo que, existiendo nexo de causalidad entre ambos, determina la estimación de la demanda y de la apelación”; En idéntica postura la A. P. de Baleares, Sec. 5ª., en fecha 6 de febrero del 2009, dictaminó que “reclamaba la demandante y es reconocido en la instancia, en primer lugar en concepto de daños materiales, la cantidad que hubo de satisfacer como honorarios devengados por los abogados que intervinieron en el recurso de apelación, gastos éstos cuyo reembolso se han de estimar procedentes pues su devengo fue directa consecuencia de la conducta negligente del abogado, máximo teniendo en cuenta que tal recurso estaba abocado al fracaso, de hecho ni siquiera fue admitido a trámite, es cierto, que su concepto obedece al pago de las costas devengadas en la alzada y a cuyo pago con carácter general viene obligada la parte (en este caso el cliente) que ve desestimada sus pretensiones (arts. 394 y 398 LEC), pero sucede que en el caso que nos ocupa, aquella imposición no devino de la inviabilidad de la pretensión de la actora, sino de los defectos de formas de los que adolecía el recurso planteado y que impidió a la Sala conocer de aquella pretensión”; finalmente, también estimó la A. P. de Almería, Sec. 1ª, en fecha 22 de diciembre de 2015, que justificados los presupuestos para lograr el nacimiento de la responsabilidad civil en el letrado del demandante, “La cuantificación de la misma se fija en el importe de las costas procesales ocasionadas en el procedimiento judicial controvertido, y que se reclaman en el escrito de demanda y corrobora la documental obrante en las actuaciones, es decir, la cantidad de 285.356,70 Euros, correspondientes a los honorarios de los operadores jurídicos que intervinieron asistiendo a los ocho demandados”. Ver estas sentencias, insistimos que son de las pocas que encontramos sobre el particular, en LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *ob. cit.*, págs. 101, 103, 116 y 132, respectivamente.

En otro orden de cosas, es posible incluso que el abogado deba responder por honorarios “aún no reclamados a su cliente” (pero que se le reclamarán después), si es que por su impericia, lógicamente, debe el mismo afrontar, y ello sin necesidad de iniciar otro proceso. Es decir que el cliente tiene la posibilidad de “repetir” lo que hubiere pagado o “deba pagar” en el juicio base, en el mismo proceso en el cual se evidencie la impericia de su abogado⁹¹⁷.

Otra particularidad que resulta importante resaltar es que *existe la posibilidad de “condenar” directamente al letrado imperito al pago de las costas generadas en el proceso, y ello también sin necesidad de iniciar un nuevo juicio*. De esta forma se podrá hacer responder al profesional del Derecho quien *junto a la parte que asistió podrán ser solidariamente responsables en afrontar las costas frente a la contraparte* -los letrados que asistieron a la contraparte-.

Normalmente las leyes procesales contemplan tal alternativa⁹¹⁸. Pero en aquellas jurisdicciones donde no exista tal posibilidad no quedará otro camino que el de iniciar un juicio posterior al letrado para hacerle dar respuestas por este concepto de costas procesales, amén de otros posibles rubros indemnizables. Al respecto conviene resaltar que el art. 52 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina contempla dicha situación. Esta norma reza que *“sin perjuicio de la responsabilidad civil o criminal por el ejercicio del mandato, el mandatario deberá abonar a su poderdante las costas causadas por su exclusiva culpa o negligencia, cuando éstas fueran declaradas judicialmente. El juez podrá, de acuerdo con las circunstancias, establecer la responsabilidad solidaria del mandatario con el letrado patrocinante”*⁹¹⁹.

El sentido de esta imposición de costas al abogado imperito radica en que de tal forma se evitan molestias, gastos y dificultades de un nuevo juicio (en pocas palabras se funda en los principios de “economía y celeridad procesal”)⁹²⁰. Para obviar estas molestias y

⁹¹⁷ En este sentido se ha resuelto que “Corresponde responsabilizar por daños y perjuicios ocasionados al abogado que permitió, con su negligencia, el dictado de la caducidad de instancia en los juicios que actuaba y, asimismo declarar su responsabilidad por los eventuales honorarios e intereses que le pudieran ser reclamados a su cliente, de manera que éste los pueda repetir sin necesidad de otro proceso”, conf. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I, 24-02-2000, “L., A. R. c/G. M., M. A.”, *La Ley B.s As.*, 2001, 331. Es claro que en esta situación podrá existir el inconveniente de la “cuantificación” de los honorarios que aún no fueron reclamados y que sí podrían serlo en un futuro probable y cercano. Estimamos que ello podría hacerse en la etapa de ejecución de sentencia.

⁹¹⁸ Al respecto se ha señalado que en el caso de costas se da una situación peculiar “pues la ley habilita su percepción por el damnificado en el propio juicio en el cual el letrado obró en forma impropia (conf. art. 52 CPCC y 36 del CPC de Mendoza), funcionando ello como un juicio parcial y anticipado sobre su responsabilidad civil, con fundamento en el principio de economía procesal. Es que en muchos casos el perjuicio causado por el abogado quedará esencialmente reparado mediante el pago de costas, evitándose así el inicio de un pleito posterior en su contra”, conf. WIERZBA, Sandra M., “Responsabilidad civil del abogado por el inicio de una demanda infundada (con particular referencia a la mala ‘praxis’ médica)”, *RCyS*, 2009-V, págs. 51 y s.s. Compartimos en general el criterio de la citada jurista, quien también afirma que esta imposición de costas no constituye una sanción procesal o una medida disciplinaria que el juez tiene potestad de aplicar para mantener el buen orden del proceso -multa-. Sólo no compartimos que esta imposición suponga un necesario juicio de valor sobre la existencia de la responsabilidad civil a cargo del letrado, o sea una suerte de dictamen anticipado relativo a la responsabilidad civil del letrado. Nos convence más la idea, ya expresada en el capítulo primero, que esta imposición implica una suerte de “responsabilidad jurisdiccional” en que puede incurrir el profesional del Derecho, debiéndose su nombre puesto que la impone el mismo juez que intervino en el proceso en el cual se manifestó el actuar culposo del abogado que generó dichas costas -vg. *plus petitio* inexcusable-. Reiteramos, su alcance y marco cognoscitivo es mucho menor que en un juicio de mala praxis, pudiendo servir, eso sí, como una prueba más a tener en consideración en este ulterior estado.

⁹¹⁹ Cabe resaltar que existen autores que cuestionan tal solución normativa. Así, se ha sostenido que no obstante resulte loable el propósito del legislador y del tribunal para mejorar el ejercicio profesional y procurar una abogacía más responsable, “resulta cuestionable la constitucionalidad del art. 52 en cuanto sanciona al apoderado, sin requerimiento de su mandante y sin trámite previo que dé la posibilidad, aunque sea mínima, de ejercer el derecho de defensa”, conf. MARTÍNEZ CRESPO, Mario, “Responsabilidad del abogado en relación a las costas causadas por su culpa o negligencia”, *La Ley*, 1983-B, págs. 575 y s.s. Por tal motivo este autor expresa que dicha “sanción” sólo debería imponerse en casos excepcionales, cuando la culpa del abogado resulte indubitable e indecorosa al grado de afectar el orden público y la seriedad del proceso. Por nuestra parte no compartimos lo afirmado por dicho jurista, aunque el tema es harto polémico.

⁹²⁰ Nos informa KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, pág. 725, que la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, con apoyo en el art. 36, inc. IV del Código Procesal Civil local, en ocasiones, “impone las costas al abogado cuando rechaza formalmente un recurso por manifiesta y grave insuficiencia conceptual del escrito cuya carencia de fundamentación revela ligereza, impropiedad, notorio desconocimiento de la técnica especialmente legislada, etc... La disposición procesal citada constituye un medio para evitar la interposición de una pretensión resarcitoria *autónoma* tendiente a

dificultades, resaltaba CHIOVENDA, “el legislador dispuso que el mismo juez que entiende en el pleito del representado resuelva (de oficio, se entiende...) respecto a las posibles responsabilidades del representante por consecuencia del pleito. Esto es bastante para justificar la existencia de esos artículos en las leyes de Enjuiciamiento: es un ahorro, la reducción de dos juicios a uno sólo, pero no una derogación de la regla dictada en favor del vencedor respecto a las costas del pleito, puesto que si el pleito y las costas fueron causadas por el dolo o la negligencia del representante, no es razonable ni equitativo que el vencedor, y no el vencido *representado*, deba entenderse directamente con aquel tercero que puede ser un insolvente”⁹²¹.

Además señaló el magnífico procesalista italiano que “El fundamento de la condena de estas personas, extrañas al interés que se ventila, es el daño culpablemente causado, y que debe resarcirse al *que lo sufre*”⁹²².

Debemos remarcar que en algunas situaciones los abogados sancionados con el pago de las costas se quejan argumentando una suerte de “arbitrariedad sorpresiva” por parte del juzgador, afirmando que deben soportar una sanción sin tener oportunidad de ser oídos. Nosotros entendemos que dicha queja carece de base sólida siempre y cuando el juez funde debidamente su decisión (amén que normalmente tendrán la posibilidad de recurrir tal decisorio). En este sentido se señaló que esta imposición de costas al letrado negligente “no configura una sanción sorpresiva pues el abogado conoce la norma y sabe, o debe saber, que si el expediente patentiza su falta de probidad, será condenado en costas”⁹²³. Además este tipo de “sanciones procesales” goza de una gran tradición legislativa y doctrinal, y aspira a “moralizar” el proceso⁹²⁴.

Lo que debe quedar claro es que *no es necesaria la previa imposición de costas al letrado para que se entable con posterioridad el juicio de mala praxis legal, ya por su anterior cliente, ya por la contraparte, o cualquier otro tercero dañado*. Dicha imposición beneficia directamente a la parte contraria en el pleito y a sus abogados (y también al mismo cliente del letrado imperito)⁹²⁵, puesto que pueden sumar obligados al pago de los emolumentos profesionales -costas-. Además, “en ocasiones”, tal conducta abogadil será “reveladora de la existencia de antijuridicidad y culpa grave en cabeza de los letrados”⁹²⁶.

Por cierto que este daño (el de gastos en general y de costas procesales en especial), además de ser “emergente”, y que tiene que guardar la vinculación causal adecuada con la impericia profesional, es calificado por nosotros como “consecuencia inmediata, necesaria y

obtener el reintegro de lo pagado por el mandante; dicho en otros términos, no es menester que el poderdante promueva una demanda por daños a su apoderado (podrá hacerlo, si reclama un daño mayor) ya que el mismo tribunal que falla el pleito, advirtiendo la culpa o negligencia del abogado, puede decidir directamente castigarlo haciéndole cargar con las costas ocasionadas”.

⁹²¹ CHIOVENDA, José, *La condena en costas*, Traducción de Juan A. de la Puente y Quijano, notas y concordancias con el Derecho español por J. R. Xirau, Biblioteca de la revista de Derecho Privado, Serie B., Vol. VI, Madrid, 1928, n° 299, pág. 387. Nos enseña el que fuera ilustre profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Roma (discípulo de Víctor Scialoja y maestro de Piero Calamandrei, entre otros tantos) que “El origen de la llamada condena personal del representante, se halla en el Derecho común, nacido, como en muchos otros casos, de una interpretación extensiva de los textos romanos; extensión que facilitaba el concepto penal de la condena en costas, ya que no pudiendo ser castigados los representados por el dolo del representante, y no pareciendo justo que éste quedase libre de pena, aquella misma condena en costas que tenía por objeto reprimir la temeridad de los litigantes, se empleó para castigos de la de sus administradores; sin que de ello quedasen excluidos los representantes judiciales, cuya responsabilidad con respecto a las costas, tanto en cuanto al cliente, como respecto a la parte contraria vemos reconocida no sólo en la doctrina, sino también en las leyes de todos los tiempos y países. El Código italiano actual tomó la del de Procedimiento francés (arts. 132 y 1031), así como del napolitano (arts. 223 y 1107), del sardo, de 1854 (art. 220) y de 1859 (arts. 1161, 1163 y 1165) y de otros Códigos, italianos derogados, o extranjeros, el principio moderno de la responsabilidad de los terceros, no partes, pero sí participantes en la acción judicial, respecto a las costas”, *ob. cit.*, n° 296, págs. 381 y 382.

⁹²² Conf. CHIOVENDA, José, *ob. cit.*, n° 298, págs. 383 y 384. Allí manifiesta que en esto es justamente lo que se diferencia tal condena de la que se basa en el vencimiento.

⁹²³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Reflexiones sobre las normas deontológicas y la responsabilidad del abogado”, *cit.*, pág. 66.

⁹²⁴ *Ibidem cita anterior*, idéntica página.

⁹²⁵ Para ver las interesantes cuestiones respecto a los efectos y alcance de la condena en costas -alcance de la acción directa, relaciones entre el representante y el representado, su solidaridad, etc.- remitimos a la doctrina procesalista, especialista en la materia.

⁹²⁶ Conf. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Responsabilidad civil de los abogados que llevaron adelante un juicio de mala praxis médica frente al médico demandado”, *RCyS*, 2008, págs. 678 y s.s., *La Ley Gran Cuyo*, 2009 (febrero), págs. 15 y s.s.

directa” -amén de previsible- de la falta de cumplimiento de la obligación⁹²⁷. También afirmamos que se tratará de un daño cierto⁹²⁸, presente, subsistente⁹²⁹, personal, directo y que afecta un interés legítimo del cliente perjudicado. Ergo, no se generan dudas en cuanto a su reparabilidad.

Por último, habrá situaciones en las cuales sólo será resarcible este tipo especial de perjuicio⁹³⁰, y otras en las cuales se podrán sumar los rubros que más adelante analizaremos⁹³¹. Es decir, como sucede en cualquier caso de responsabilidad civil, *los rubros o ítems indemnizables son independientes entre sí*; incluso el daño moral, por ejemplo, no tiene porqué guardar vinculación alguna con el patrimonial, cualquiera sea el subtipo de éste último.

2) Daño denominado “pérdida de chances”.

2.1. Presentación del problema.

El ejercicio profesional de la abogacía en violación a lo prescripto por la *lex artis ad hoc* genera, o puede generar, algunos de estos perjuicios en cabeza de su cliente: a) que pierda el pleito en el que actuaba el letrado siendo que el cliente era el actor, o querellante en el mismo; b) que progrese la pretensión de la “contraparte” (incluso del Estado) cuando el cliente -supuesta víctima de la mala praxis- era demandado judicialmente, o imputado en sede penal; c) que el abogado ni siquiera llegue a presentar la demanda, prescribiendo la acción de su cliente; o que no interponga a tiempo un recurso con posibilidades netas de modificar un decisorio adverso a los intereses de su cliente; d) que se frustre algún “negocio” que pensaba concretar el cliente debido al mal asesoramiento jurídico y que ello le genere alguna pérdida patrimonial de beneficios o le implique afrontar perjuicios económicos.

⁹²⁷ En idéntico sentido ver SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *Responsabilidad Civil del Abogado*, cit., pág. 325, en cuanto dice que “se trata de un daño emergente directamente conectado con la negligencia del abogado, que ha de venir, por lo tanto, comprendido en el ámbito de los daños resarcibles”. Por su parte CRESPO MORA, María Carmen, *ob. cit.*, págs. 406 y s.s., afirma que se trata de un “daño emergente incuestionable”; y referido al tema de los honorarios, la restitución que deben hacer los letrados y/o procuradores imperitos no depende de si la intervención de los mismos fuere preceptiva o no lo fuere; es decir que poco importa que no figure expresamente entre las partidas de las costas que contiene el art. 241.1.1º LECiv española.

⁹²⁸ Otro autor directamente prefiere hablar de daño “cierto” al referido a las costas procesales y otros conceptos que no dejan lugar a dudas de su reparabilidad, tales como cuando el letrado recibe dinero para pagar tasas de justicia y no lo hace, o aquél que no deposita el dinero recibido de su cliente para pagar la condena, o no le entrega a su cliente las sumas debidas a éste. Dicho autor se trata de PETTIS, Christian R., “El presupuesto del daño en la mala praxis de los abogados y procuradores. Cuestiones relacionadas con su determinación y cuantificación”, en *La Ley*, 2001-D, 938 y s.s. En fin, nosotros pensamos que calificar como daños “ciertos” a tales rubros que indiscutiblemente debe abonar el letrado imperito -en caso que se manifiesten- nos invita a pensar que quizás otros ítems ya no serían “ciertos” -vg. pérdida de chances-, lo cual no es así bajo ningún aspecto.

⁹²⁹ “Subsistente” significa tanto como que el cliente aún deba afrontarlo, cuanto que ya habiéndolo saldado pueda y deba *repetir* su importe del profesional imperito.

⁹³⁰ Por ejemplo, se dio un caso en el cual el letrado demandado pudo probar que el proceso que atendía contaba con escasas probabilidades de éxito, pero “ello no excluye la responsabilidad del profesional interviniente por las costas derivadas de la tramitación de ese proceso. Se trata de dos aspectos diferentes del daño que puede configurarse en este tipo de juicios: uno, atiende a la llamada pérdida de la chance; el otro a un daño cierto, como lo son las costas de ese juicio que el perdidoso debió abonar (v.gr. tasa de justicia, honorarios de profesionales intervinientes, etc.). El haber deducido la demanda, pese a que estaba condenada al fracaso, determinó la existencia de las costas, y este daño, cierto y no meramente hipotético, es el que debe ser resarcido por el profesional demandado”, conf. PETTIS, Christian R., “La caducidad de la instancia y la responsabilidad civil consecuyente de los profesionales intervinientes”, *La Ley*, 2006-B, págs. 580 y s.s.; fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 09-08-2005, “M., R. A. c. A., D. L. y otro”. Es claro que el caso en cuestión tuvo que ser “recreado” por la caducidad operada en el proceso “base”, perención debida a la negligencia del profesional del Derecho. De hecho, se trataba de una demanda temeraria. Al menos el comportamiento “abogadil” fue catalogado como un “obrar temerario” por el propio autor que comentamos. Señala al respecto que en este caso lo correcto hubiera sido simplemente “no demandar”. Es que “Si el abogado no está convencido de la viabilidad del reclamo debería, por un imperativo ético, rechazar el encargo. Si, pese a ello, accede al pedido de su cliente, debería, cuando menos, documentar tal circunstancia como así también los reparos que el asunto le significa, para así quedar a resguardo de la responsabilidad que ulteriormente le pudiere ser imputada”, conf. PETTIS, *art. cit.*, nota 41. Coincidimos con tal parecer y aconsejamos a los letrados que documenten todo lo relevante de la relación, ora para no caer en “trampas” como la comentada, sea para conseguir el consentimiento informado que cada día está adquiriendo más relevancia, ya para ejercer en forma correcta y ordenada nuestra digna profesión.

⁹³¹ Igual postura puede verse, entre otros, en GONZÁLEZ FERRER, Juan José - YBARRA LÓPEZ-GÓMEZ, Javier, “La indefensión ocasionada por error del abogado”, en *OTROSÍ, Publicación informativa del Colegio de Abogados de Madrid*, mayo de 2002, Nº 37, pág. 40, donde resaltan la relativa facilidad que tiene este tipo especial de perjuicio en cuanto a su cuantificación, siendo un claro ejemplo de perjuicio “objetivable”.

Todas estas situaciones son posibles y harto probables siendo que la lista recién mencionada no pretende ser taxativa⁹³². Sólo la enunciamos para resaltar el denominador común de ellas: *la actuación del abogado en forma imperita genera en el cliente la pérdida de una 'posibilidad', de una oportunidad, de una esperanza, de una probabilidad de adquirir ganancias o evitar pérdidas patrimoniales. Entonces, en nuestro caso se produce un claro ejemplo del daño denominado "pérdida de chances"*⁹³³.

2.2. Etimología y génesis del concepto "pérdida de chances". Recepción del mismo.

El concepto de pérdida de posibilidades o *perte d'une chance*⁹³⁴ ha sido muy estudiado en las últimas décadas y es aplicado por los tribunales europeos -especialmente por los franceses- y americanos en numerosos casos de responsabilidades profesionales, con preferencia en el campo de la mala praxis médica. Pero veamos un poco su *etimología* (origen, razón de su existencia y significación) y su posterior recepción o rechazo.

Según el diccionario de la Real Academia Española la palabra "chance" deriva del francés *chance* y significa *oportunidad o posibilidad de conseguir algo*. Se trata de un

⁹³² Dicho sea de paso, remarcamos que el *alea* no debe ser asimilado con el *riesgo*. "Mientras el riesgo consiste en el peligro de sufrir un detrimento patrimonial, el *alea* tiene una connotación más amplia, pues abarca también la posibilidad de ganar", anota con agudeza nuestro querido tío y reconocido profesor LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *El alea en los contratos. Contratos aleatorios en el Derecho Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2002, pág. 2. También nos resulta de utilidad la tipología que presenta el referido autor en cuanto no limita las posibilidades de las partes dentro de un contrato aleatorio a las de ganar o perder, puesto que "Analizada el *alea* desde las opciones que se abren para un solo individuo, comprende una gama de situaciones 'binarias' que van desde la posibilidad de ganar - perder; de ganar - no ganar; de ganar mucho - ganar poco; de no perder - perder; y, finalmente, de perder mucho - perder poco", *ob. cit.*, pág. 3. De hecho, todavía podríamos agregar algunos pares binarios más (y por cierto no negar que existen tantos otros...) tales como los de ganar poco - perder mucho; o perder poco - ganar mucho. En la práctica sin dudas que estos pares tendrán como fundamento o justificación algún criterio probabilístico o estadístico que los sustenten. Por ejemplo, y valiéndonos del deporte más popular en el orbe, si algún individuo apostara a ganar al Barcelona en la Liga Española de Fútbol, teniendo presente la gran cantidad de partidos oficiales ganados por tal equipo, ganará muy poco y podrá perder mucho (dependiendo del monto jugado). Ganará muy poco si gana el equipo apostado y perderá mucho si pierde o empatara. Claro que no es probable que esto suceda. Y por supuesto que lo mismo puede afirmarse, *mutatis mutandi*, del otro par binario que agregamos: perder poco - ganar mucho, lo que podría sucederle a quien apueste en contra del archicampeón español (sin olvidarnos del Real Madrid, del cual el mismo análisis puede predicarse).

Ahora bien, si extrapolamos estas posibilidades a nuestro campo, observaremos lo acertado del distinguido mencionado. No obstante, con ello no pretendemos significar que el contrato de prestación profesional sea un contrato aleatorio. El abogado debe ejercer su ministerio con ajuste a los principios que imperan en su *lex artis* atendiendo siempre a las concretas circunstancias que se le presentan en su desempeño prestacional; no puede "librarse al azar". Sin embargo, es innegable que existe una cuota de incertidumbre en el ejercicio de la profesión misma, máxime si de prestación judicial se trata. Incluso la modalidad del *pacto de cuota litis* -modalidad prohibida en algunos ordenamientos y permitida en otros- implica para el profesional un *alea* adicional referido a su eventual derecho a percibir honorarios.

⁹³³ "Chance" es una palabra francesa que equivale a oportunidad u ocasión en español. Se trata de un "galicismo" que tuvo su eco no sólo en los países de habla hispana, sino también en los juristas pertenecientes al sistema del *Common Law* y otros. Ver, entre tantos, MAYO, Jorge A., "La pérdida de chance como daño patrimonial. La frustración como daño cierto", en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 166.

⁹³⁴ Recomendamos en este tema la lectura de VINEY, Geneviève *et* JOURDAIN, Patrice, "Les conditions de la responsabilité", *Traité de Droit Civil*, sous la direction de Jaques Ghestin, 2^e Édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., París, 1998, n° 278 y s.s., págs. 71 y s.s. También puede verse con provecho, JOURDAIN, Patrice, *Les principes de la responsabilité civile*, 9^e édition, Éditions Dalloz, París, 2014. Sobre el particular han escrito los hermanos Mazeaud junto a Chabas que si bien el perjuicio hipotético no debe ser reparado, "*Mais il est parfois difficile de déterminer si le préjudice invoqué est certain ou simplement éventuel. Notamment lorsque le demandeur réclame réparation de la perte d'une chance. Par exemple, un avoué ou un avocat chargé d'interjeter appel laisse passer les délais; son client l'assigne en responsabilité civile. On est tenté de repousser cette action en se fondant sur le caractère hypothétique du dommage: il n'est pas certain que la décision du tribunal aurait été réformée. Mais ce serait mal raisonner: le client de l'avoué négligent avait une chance d'obtenir que le jugement soit réformé par la cour d'appel; il l'a perdue, et cette perte lui cause un dommage. Aussi la jurisprudence accorde-t-elle réparation de la perte d'une chance; elle admet qu'il s'agit d'une préjudice, dont le quantum varie selon que la chance perdue était plus o moins grande*", conf. MAZEAUD, Henri et Léon - MAZEAUD, Jean - CHABAS, François, *Leçons de droit civil, t. II, 1er vol., Obligations, théorie générale*, 8a ed. par François Chabas, Montchrestein E.J.A., París, 1991, n° 412, págs. 398 y 399. En lengua española, recomendamos el profundo estudio que realiza MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

“galicismo” que tuvo su eco tanto en países de habla hispana cuanto en naciones que pertenecen al sistema del *Common Law*, entre otros⁹³⁵.

En efecto, este galicismo también se usa en los Derechos portugués y brasileño (*perda de una chance*); y en Italia (*perdita di chance*). Además, es digno resaltar que en los países anglosajones, la palabra francesa se importó con toda naturalidad. Por ello en los Derechos de daños de Estados Unidos, Reino Unido, Canadá y Australia se habla de *loss of chance*; *chance lost*; *loss of opportunities*. A su turno, países que “aún” no la admiten como rubro resarcible, tales como Alemania, Suiza y Austria, los autores que se refieren a ella también hablan de pérdida de *chance* (*verlorene chancen*, en plural)⁹³⁶.

También se habla, sobre todo en España, de “pérdida de oportunidad” (pérdida de una oportunidad, pérdida de oportunidades, oportunidad perdida) en marcada sinonimia jurídica con la mencionada pérdida de “chances” para describir al *daño que padece quien ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un perjuicio*. Es claro que “La jurisprudencia y la doctrina españolas lo han tomado del sistema jurídico francés (*perte de chance*, *perte d’une chance*, *perte de chances* o *chance perdue*), donde a finales del siglo XIX fue aislado como concepto dañoso”⁹³⁷.

Etimológicamente “la palabra *chance* proviene del francés *choir* (caer por su propio peso) y ésta, a su vez, de los términos latinos *cadere* [caer] *cadentia* [caída]. Refiere inicialmente a la caída de los dados, al número de puntos que marcan tras su caída (*chéant*) al quedar sobre el tablero. Ligada la palabra *chance* al juego de los dados, sucede igual con la palabra española azar [casualidad, caso fortuito (suerte); desgracia imprevista (mala suerte)] que proviene del árabe *zahr* (dado, del juego de los dados)”⁹³⁸.

Por otra parte, también es importante resaltar que se puede hablar de chance al menos en dos sentidos. El primero referido a la ocasión, oportunidad, probabilidad o posibilidad “favorable”. En este sentido chance significa fortuna o suerte. Pero también puede emplearse como posibilidad o probabilidad “favorable o desfavorable”⁹³⁹. Normalmente en el campo jurídico se toma la primera acepción. Pero cierta doctrina utiliza el segundo sentido para distinguir las buenas oportunidades (*bonnes chances*), de las malas (*mauvaises chances*). Por cierto que “estos autores defienden que el valor del daño por la oportunidad (*chance*) perdida se mide mediante el reparto o la distribución entre las oportunidades ‘buenas’ (suerte) y las ‘malvadas’ (desgracia)”⁹⁴⁰.

⁹³⁵ Ver MAYO, Jorge A., “La pérdida de chance...”, trabajo citado dos notas atrás.

⁹³⁶ Ver, con numerosas y riquísimas citas doctrinales, MEDINA ALCOZ, Luis, *ob. cit.*, pág. 59.

⁹³⁷ Conf. MEDINA ALCOZ, Luis, *ob. cit.*, pág. 55. Según describe este autor-a quien recomendamos más allá de no compartir ciertas afirmaciones y conclusiones- fue el maestro Federico DE CASTRO, probablemente, el primer jurista español que prestó atención al concepto de pérdida de chance, al referirse en un artículo a la situación en que quedan los padres por la muerte de un hijo. Este pionero estudio (el cual -dicho sea de paso- no admite su resarcibilidad por ser contrario a los principios de la indemnización por daños) se titula *La indemnización por causa de muerte. Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ADC, 1956, págs. 494 a 496. Por cierto que ahora el nuevo Código argentino contempla en forma expresa la resarcibilidad por “la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos”, conforme al art. 1745, inc. c) del nuevo Código Civil y Comercial. Por supuesto que en la época en que escribió ese pionero artículo el maestro DE CASTRO, eran otros los principios que gobernaban la responsabilidad civil, de allí su conclusión.

⁹³⁸ Conf. MEDINA ALCOZ, Luis, *ob. cit.*, pág. 60. Este mismo autor nos refiere de una sentencia del Consejo de Estado italiano (Secc. VI) del 31 de marzo de 2006 que nos expresa que “el ámbito semántico-jurídico del término *chance*... constituye la clave de la hipótesis dañosa examinada. La palabra *chance* deriva etimológicamente de la expresión latina *cadentia*, que indica el caer de los dados. Y significa ‘buena probabilidad de éxito’. Se trata, por tanto, de una situación teleológicamente orientada hacia la consecución de una utilidad o ventaja y caracterizada por una posibilidad de éxito presumiblemente no privada de consistencia”, *ob. cit.*, pág. 60, nota 33.

⁹³⁹ También se habla que la pérdida de la chance se puede referir tanto a una oportunidad “pasada” como a una “futura”. En este sentido se dice, por ejemplo, que cuando un “diagnóstico tardío” pudo ser la causa de la gangrena que afectó la pierna de una persona, el médico sindicado como responsable ha sacrificado una oportunidad “pasada”, porque al tiempo de la liquidación judicial la lesión corporal ya se habrá producido; pero si el paciente era un atleta profesional, puede hablarse, además, de la pérdida de una oportunidad “futura” para hacer referencia a las ganancias que ya no podrá obtener. Ver: MEDINA ALCOZ, Luis, *ob. cit.*, pág. 78; también cita estos ejemplos PITA, Enrique Máximo, “La indemnización del lucro cesante y de la pérdida de chance. Delimitación del daño resarcible”, *cit.*, pág. 190. Es claro que esta clasificación no tiene mayores implicancias. Lo realmente importante es constatar en la especie los requisitos para que la chance (sea pasada, sea futura) resulte indemnizable. *Infra* analizaremos esa importante cuestión.

⁹⁴⁰ MEDINA ALCOZ, Luis, *ob. cit.*, pág. 61. Entre dichos autores cabe citar al reconocido jurista BORÉ. Por cierto que no es muy desacertado el análisis efectuado.

Ya referido al ámbito jurídico es importante remarcar que *el nacimiento de este singular y novedoso concepto dañoso se produjo en forma casi simultánea en Francia e Inglaterra*. En puridad fue en el país galo donde tuvo su verdadera génesis y donde el desarrollo doctrinal y jurisprudencial ha alcanzado la mayor envergadura⁹⁴¹.

Señaló Chabas que la primera sentencia que aludió a la *perde d'une chance* data del año 1889. En efecto, se trata de el *arrêt de la Cour de Cassation (Chambre de Requetes)* del 17 de julio de 1889 y se relacionaba con la culpa de un huissier judicial que impidió la tramitación de un proceso. Después es reiterada por la Sala en lo Civil del Tribunal de Casación en una sentencia del año 1911, referida a un mandatario procesal que omitió ejercitar la acción. Se consolida definitivamente en el *arrêt de la Chambre de Requetes* el 26 de mayo de 1932 que trataba sobre la negligente actuación de un notario.

Por su parte, en Inglaterra, la primera sentencia que indemnizó la pérdida de chances es del año 1911 -año que coincide con la segunda resolución francesa-. El caso se trata de *Chaplin vs. Hichs, de la Court of Appeal*, resolución que resarce el daño sufrido referido a la posibilidad de ganar un concurso de belleza⁹⁴².

Debe remarcarse también que si bien su origen fue pretoriano -tanto dentro del *Droit Civil*, cuanto del *Common Law*-, como acabamos de constatar, no se desconoce el enorme aporte que propiciaron los juristas que avalaron este nuevo concepto dañoso⁹⁴³.

En cuanto a la recepción del mismo, tenemos que advertir que fue, al menos, "notoria". Su expansión se produjo -en general- en forma paulatina, gradual y recepticia. Siguiendo a MEDINA ALCOZ podemos diferenciar dentro del panorama internacional tres tendencias distintas formadas por disímiles posturas de los tribunales frente a este novedoso concepto dañoso.

En efecto, *en un primer grupo debemos mencionar a los países que acogieron este instituto sin problema alguno, con aplicación a variados casos de responsabilidad civil*⁹⁴⁴. Entre ellos cabe nombrar a los pioneros, Francia e Inglaterra, y a ciertos países en donde tienen marcada influencia, tales como Argentina⁹⁴⁵, Italia⁹⁴⁶, Bélgica y Australia⁹⁴⁷.

⁹⁴¹ Claro que nos llama la atención que en la reforma producida al Código napoleónico del año 2016, a través de la ordenanza (o decreto) 131, no se haga ninguna mención a este tipo especial de perjuicio, ello amén que el régimen de responsabilidad en general será objeto de un ulterior debate parlamentario. Pero referido al ámbito contractual, donde perfectamente podría haberse acogido este rubro singular, el Código reformado guarda total silencio. En efecto, reza el art. 1231-2 que "*Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après*". Con nuestra traducción "libre" a dicha norma diremos que expresa lo siguiente: "Los daños e intereses debidos al acreedor son, en general, por la pérdida que ha sufrido y la ganancia de la que ha sido privado, con las siguientes excepciones y modificaciones".

⁹⁴² Conf. MEDINA ALCOZ, Luis, *ob. cit.*, pág. 131. El caso *Chaplin vs. Hichs* constituye un verdadero *leading case* que motorizó el desarrollo de la doctrina de la pérdida de chance en todo el ámbito del *Common Law*. Así, siguieron este enfoque, las sentencias de los años 1917 y de 1921 en EEUU, la primera emanada de *Texas Court of Civil Appeals*, la otra del Tribunal Supremo de Iowa, comenta el autor citado a donde remitimos.

⁹⁴³ Entre los autores que estudiaron con énfasis esta figura cabe citar los siguientes: en Francia los hermanos Mazeaud (Henri y Leon); sus discípulos, actualizadores y hasta co-autores, François Chabas y André Tunc; la reconocida discípula de éste último, Geneviève Viney y su pupilo I. Haberer (quien a su tesis doctoral tituló *La perte d'une chance*, Sorbone, 1996), cuya dirección corresponde a la propia Viney. En España no puede dejarse de leer (así no se comparta algunas opiniones vertidas) el profundo estudio de Medina Alcoz. Por último, en Argentina merece destacarse la obra de Trigo Represas y numerosos trabajos surgidos en base a los comentarios de los artículos 1739 y 1745, inc. c), del nuevo Código Civil y Comercial.

⁹⁴⁴ En general se reconoce en estos países el resarcimiento de la pérdida de chance en asuntos relacionados con: responsabilidades profesionales, tales como la mala praxis médica y la de abogados, entre otros profesionales -vg. notarios-; la oportunidad perdida en competiciones deportivas, artísticas, literarias, etc.; la chance de los padres por la muerte de un hijo; la oportunidad frustrada en procedimientos administrativos y concursos privados; la chance de victoria en los juegos de azar, etc.

⁹⁴⁵ Ya nos detendremos en los artículos 1739 y 1745, inc. c), del nuevo Código Civil y Comercial argentino, sobre todo en el primero de éstos, puesto que dicha norma admite, en general, la reparabilidad de la pérdida de chances (el otro se refiere a la pérdida de chance de ayuda futura producida como consecuencia de la muerte de un hijo).

⁹⁴⁶ Por cierto que Italia ha demorado casi un siglo en admitir este concepto dañoso existiendo, aún hoy, férreos detractores de la figura.

⁹⁴⁷ MEDINA ALCOZ, Luis, *ob. cit.*, pág. 132.

En el segundo grupo podemos situar a aquellos países cuyos tribunales frente a la pérdida de chance tienen una posición ambigua o contradictoria (Canadá⁹⁴⁸); reticente (Holanda); o favorable pero sólo en casos de mala praxis médica (Estados Unidos)⁹⁴⁹.

Y la última tendencia se refiere al conjunto de países cuya práctica judicial no admite este tipo especial de perjuicio como rubro indemnizable, entre los cuales es dable nombrar a Alemania, Suiza, Suecia, Austria, Dinamarca, Finlandia y Noruega. Por cierto que muchos factores auguran su futura recepción, entre los cuales están la opinión favorable de los juristas, los imperativos del Derecho Comunitario, la doctrina del Tribunal de Derechos Humanos y la presión que ejercen las agrupaciones que pretenden unificar el Derecho europeo⁹⁵⁰.

Finiquitando este punto “introdutorio”, y como recién se anotó, también es destacable mencionar el aporte e impulso que provino, no ya de países ni de autores puntuales, sino de organismos e instituciones internacionales. Como analizaremos más adelante, la doctrina de la pérdida de chance ha sido aplicada por altos Tribunales internacionales y fue proyectada por los más importantes grupos unificadores a nivel europeo. Para nosotros esta introducción es harto suficiente. Pasaremos, entonces, a analizar la chance que nos concierne: la que frustra un letrado que ejerce imperitamente su cometido propio.

2.3. Concepto de pérdida de chance y su determinación.

Antes de abordar el concepto jurídico de pérdida de chance conviene hacer una breve e importante aclaración. La misma se refiere a cierta disputa que existe referente al instituto en estudio. Para alguna doctrina la pérdida de la chance encierra o conlleva un *problema causal*; mientras que para otro sector se trata simplemente de un *nuevo concepto dañoso*, sin conmovir los principios pertinentes que rigen en materia de relación de causalidad (ni la causalidad “material o física”; ni la “jurídica” son amenazadas por este novedoso daño). Nosotros participamos de esta última postura y a lo largo de este capítulo fundamentaremos nuestra posición, que de hecho también adoptó el nuevo Código argentino (art. 1739).

Desde nuestra óptica, constituye una ineludible cita en este tema una conferencia inédita⁹⁵¹, luego plasmada en un artículo de François CHABAS denominado *La perte d'une chance en droit français*⁹⁵², en la cual el prestigioso jurista francés señaló que la pérdida de chance es una *modalidad especial de perjuicio* cuyos elementos o rasgos comunes son: 1. La culpa del autor o agente que origina el perjuicio 2. Un “todo” que estaba en juego y se perdió (ganar un juicio, obtener un trabajo, la pérdida de la posibilidad de sobrevivir del paciente o *perte de chances de guérison*, etcétera) y que podría configurar el perjuicio sufrido 3. “Una ausencia de prueba del nexo de causalidad entre la pérdida de lo que estaba en juego y la culpa, porque por definición, ese resultado era aleatorio. Esta es una característica esencial de la cuestión. La no realización del resultado también hubiese sido posible por causas

⁹⁴⁸ Canadá, como se sabe, tiene distintas influencias según sus regiones. Quebec y Montreal son tierras favorables a la chance por su apego al Derecho francés; no sucede lo mismo en otros Estados “anglocanadienses”, ni tampoco con la doctrina del Tribunal Supremo.

⁹⁴⁹ Conf. MEDINA ALCOZ, Luis, *ob cit.*, pág. 136.

⁹⁵⁰ Ver: MEDINA ALCOZ, Luis, *ob. cit.*, págs. 138 y 139.

⁹⁵¹ Citada por el profesor de la Universidad Federal de Río Grande do Sul, Brasil, Fabio SIEBENEICHLER DE ANDRADE, “La responsabilidad de los abogados: la culpa y causas de exclusión”, en *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, vol. 1, 2ª ed., Carlos A. Ghersi (Coordinador), Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pág. 389; allí nos refiere a la conferencia inédita de este jurista francés pronunciada en la Facultad de Derecho de la UFRGS, el 26 de mayo de 1990. Es cierto que muchos autores antes de dicho profesor francés ya habían escrito sobre este tema, al igual que los Tribunales se habían pronunciado en varias ocasiones sobre el particular. Pero la influencia de Chabas fue notable.

⁹⁵² CHABAS, François, “La perte d'une chance en droit français”, en *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Zurich, 1991, pág. 131 y s.s. En idioma español puede verse: CHABAS, François, “La pérdida de una chance en el derecho francés”, traducido por Aída Kemelmajer de Carlucci, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, 1994-IV, págs. 928 y s.s. Por cierto que este jurista francés tiene publicado varios trabajos donde trata esta problemática, tales como: “La perte d'une chance du survie ou le confort intellectuelle”, *Nouvelle presse méd.*, núm. 10, 1978, págs. 861 y s.s.; “La perte d'une chance du survie. Vers un revirement de la Cour de Cassation?”, *Nouvelle presse méd.*, núm. 43, 1983, págs. 2726 y s.s.; “La perdita di ‘chance’ nel diritto francese della responsabilità civile”, *Resp. civ. previd.*, 1996, págs. 227 y s.s.; “Cent ans de responsabilité civile”, *Gaz. Palais*, núms. 236-237, 23 ag., 2000, Doctr., ap. 84. Ver: MEDINA ALCOZ, Luis, *ob. cit.*, pág. 139 y DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil...*, *cit.*, págs. 82 y s.s.

naturales o imputables a terceros, si bien, no se sabrá jamás si fue el agente, u otra causa, quien hizo perder lo que estaba en juego. De este modo, la culpa del autor no es sino una condición *sine qua non* de la pérdida del resultado esperado⁹⁵³. Ya señalaremos inmediatamente cómo sorteamos estos problemas descriptos por este reconocido profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Paris XII⁹⁵⁴, sobre todo el referido a la supuesta falta o ausencia de relación de causalidad entre el hecho antijurídico y el daño irrogado.

Por otro lado, en cuanto al *concepto* de pérdida de chances seguiremos a ZAVALA DE GONZÁLEZ quien con toda claridad expresó que “Se habla de chance cuando existe la oportunidad, con visos de razonabilidad o fundabilidad, de lograr una ventaja o evitar una pérdida. La frustración de esa probabilidad, imputable a otro, engendra un perjuicio resarcible⁹⁵⁵”.

Ahora bien, recordemos que habíamos afirmado que el daño para ser jurídicamente reparable debía tener algunos requisitos entre los que figuraba la característica de que sea “cierto”. Pero en estos casos de mala praxis *legal* es verdaderamente difícil, cuando no imposible, determinar con exactitud, por ejemplo, que el pleito se ha perdido por inoperancia del letrado que lo llevaba⁹⁵⁶.

Es más, hasta se podría válidamente afirmar que no existe profesión más “aleatoria” o “riesgosa” que la del abogado ejerciente, pues salvo situaciones particulares -fallos “salomónicos”, cuestiones voluntarias, algunos procesos sucesorios, juicios que finiquitan a través de una mediación, transacción, conciliación, etc.- siempre habrá un justiciable representado o asistido por un letrado que resulte vencido al lado de un vencedor.

Entonces *¿qué es lo que se indemniza con el rótulo de pérdida de chances o esperanzas?* Evidentemente, por regla, no se debe reparar lo peticionado por el cliente en el proceso truncado⁹⁵⁷. Muchas veces se pide más de lo que corresponde. Otras tantas se

⁹⁵³ CHABAS, François, “La pérdida de una chance en el derecho francés”, *cit.*, pág. 928. Ver, también, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *ob. cit.*, pág. 83.

⁹⁵⁴ Dicho destacadísimo jurista falleció el 20 de julio de 2014 a los 74 años de edad.

⁹⁵⁵ *Resarcimiento de daños, vol. 2a, Daños a las personas, (Integridad sicofísica)*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, pág. 373; en igual sentido: PETTIS, Christian R., “El presupuesto del daño en la mala praxis de los abogados y procuradores. Cuestiones relacionadas con su determinación y cuantificación”, *La Ley*, 2001-D, 938 y s.s. También se ha señalado que la chance puede definirse como la “posibilidad verosímil de lograr una ventaja, o en su caso impedir una pérdida. En la división entre daño emergente y lucro cesante, la ‘chance’ sería una especie de este último... En su configuración concurren simultáneamente la certeza sobre la probabilidad cierta de la oportunidad perdida y la incertidumbre sobre su concreción definitiva”, conf. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Responsabilidad de abogados y procuradores por pérdida de chance”, publicado en *RCyS*, 2002, págs. 409 y s.s. En general coincidimos con tal parecer con la diferencia que, para nosotros, la pérdida de chance constituye un daño emergente, puesto que lo aniquilado es justamente esa esperanza que reposaba en cabeza del cliente y no la frustración del “todo” que estaba en juego -parafraseando a Chabas-. Es decir, y como lo sostenemos al finalizar este tema, lo indemnizable es esa oportunidad, esperanza, posibilidad -en tanto que probable- que configura una chance actual y no el beneficio futuro -y esperado-, por ello es un claro daño emergente. En contra de nuestra postura puede verse PITA, Enrique Máximo, “La indemnización del lucro cesante y de la pérdida de chance. Delimitación del daño resarcible”, *cit.*, págs. 189 y s.s. Dicho autor argentino comparte muchas de las aserciones del español Medina Alcoz, a las cuales nosotros criticamos pues confunden algunas cuestiones, tales como la del verdadero daño a reparar (pérdida de chance u oportunidad y no el daño final o absoluto) y los extremos que deben relacionarse para constatar la relación de causalidad, siempre necesaria para nosotros y “relajada” para ellos. Además, PITA sostiene que la chance constituye un daño “futuro”, cuestión con la cual tampoco estamos conformes. De todas formas, en algunos asuntos nuestras opiniones se encuentran y de ello también dejaremos debida constancia.

⁹⁵⁶ Así, se ha resuelto acertadamente que “Si bien la pérdida de un juicio por omisiones o errores imputables al letrado, configura generalmente un daño cierto, la indemnización, sin embargo no puede consistir en los importes que se hubieran reclamado de haberse iniciado el proceso. *Aun cuando el abogado hubiera satisfecho en forma diligente y sabia su obligación de defender a sus clientes si, de todos modos, el resultado que en tal hipótesis podía recaer dependía de otras circunstancias ajenas al profesional, nunca se podrá saber con certeza cuál sería el contenido de la sentencia que pudo haberse dictado en el juicio no promovido por el abogado demandado.* Siendo así, el resarcimiento en tales casos consiste en la pérdida de una ‘chance’ o posibilidad de éxito en las gestiones, cuyo mayor o menor grado de probabilidad dependerá, en cada caso, de sus especiales circunstancias fácticas”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 24/02/2005, “M., A. N. c/I., J. D.”, fallo recopilado por BARBADO, Patricia Bibiana, “La pérdida de la chance. Jurisprudencia nacional”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances, cit.*, pág. 288. La cursiva nos pertenece.

⁹⁵⁷ Cierta doctrina entiende que al ser la obligación del abogado solamente de “medios” y no de resultado, no cabe fundar el daño que se genera al cliente en la pérdida del pleito, conf. ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, “La responsabilidad civil de jueces...”, *cit.*, págs. 40 y s.s.; Reproduce dicho parecer CERVERA MARTÍNEZ, Marta, “Responsabilidad civil del abogado”, publicado en *RCyS*, 2006, págs. 340 y s.s. Claro que no compartimos este razonamiento más allá de cierta convergencia en los “resultados”.

solicitan pretensiones que no gozan del amparo jurídico. Y si el abogado indemnizara a su cliente perjudicado idéntico valor de lo que éste pretendía judicialmente, entonces su actividad se parecería más al de una compañía aseguradora, antes de consistir en el ejercicio de una profesión liberal, pues hasta se haría cargo de la posible insolvencia del demandado, por ejemplo. Además sería absurdo que el cliente se encuentre en mejor situación demandando a su anterior abogado, que frente al deudor mismo -accionado en el proceso base troncado-⁹⁵⁸.

Amén de lo recién manifestado, es evidente que si proclamamos que el abogado debe indemnizar a su ex contratante perjudicado el “todo” de lo reclamado en sede judicial, se nos caería otro elemento infaltable para completar el deber de responder: esto es, no existiría una causalidad jurídicamente adecuada entre la conducta reputada ilícita -en sentido amplio- y el daño irrogado. A ello se refería CHABAS cuando señalaba que en estos casos existe una ausencia de la prueba de la causalidad adecuada. Ello por no identificar correctamente cuáles son los términos -acción y daño, sobretodo este último- que debemos relacionar. Por cierto que a la causalidad, en tanto que presupuesto responsabilizante, no debemos renunciar nunca -ello amén de ciertas presunciones que nos generan verdaderas dudas sobre su justicia⁹⁵⁹-.

Pero inmediatamente después nos enseñó el reconocido jurista galo que “es posible no acantonar la duda en el terreno de la relación causal e insertarla, de alguna manera, en la definición del perjuicio, bajo la fórmula de un álea. De tal manera, el perjuicio no es la pérdida de lo que estaba en juego (el resultado esperado), sino de las *chances* que se tenían para alcanzarlo. Es entonces posible, siguiendo el caso, establecer una relación causal entre este perjuicio y la culpa del agente”⁹⁶⁰.

Por estas razones es que aclamamos que *lo reparable es esa frustración o aniquilación de esperanzas, que no se confunde, ni cualitativa, ni cuantitativamente, con la pretensión misma mal ejercida*. De allí es que se debe averiguar si existe nexo causal adecuado entre la impericia imputada y el daño causado⁹⁶¹. Y este daño será igual a las *probabilidades reales* que tenía el cliente de ganar el pleito o de evitar perderlo, según sea el caso y si a sede judicial nos limitamos.

Sólo de esta forma podremos afirmar que este particular perjuicio contiene la nota esencial de certidumbre para que sea legalmente reparable. Es decir, en tanto nos limitemos al concepto de esperanzas, oportunidades, chances, posibilidades o probabilidades⁹⁶²,

⁹⁵⁸ En este sentido, entre otros autores que resaltan lo afirmado en el texto, pueden verse: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, pág. 724; PETTIS, Christian R., “El presupuesto del daño en la mala praxis de los abogados...”, *cit.*, *La Ley*, 2001-D, 938 y s.s.; COMPIANI, María Fabiana y STIGLITZ, Rubén S., “De algunas responsabilidades profesionales y su cobertura asegurativa”, *RCyS*, 2007, págs. 205 y s.s.

⁹⁵⁹ Recordaremos aquí el art. 1736 del nuevo Código argentino que se refiere a la prueba de la relación de causalidad, determinando que “*La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca*”.

⁹⁶⁰ CHABAS, François, “La pérdida de una chance en el derecho francés”, *cit.*, págs. 928 y 929, donde aclara “El razonamiento sería el siguiente: a) ¿Tenía *chances* la víctima? (es necesario que sólo sean *chances*, pues había un álea). b) ¿Se ha probado que por culpa del autor y como consecuencia de esa culpa, la víctima ya no tiene más *chances*? c) Entonces, el agente debe ser condenado a reparar ese perjuicio: la pérdida de las *chances*”, *art. cit.*, pág. 929.

⁹⁶¹ En esta misma línea, y tratando sobre la aplicación de la teoría de la relación de causalidad adecuada, se ha sostenido que “la exigencia será la de una relación causal adecuada entre el hecho (actuación profesional) y el resultado (pérdida de chance). La diferencia está en el objeto del daño, que en los casos ordinarios consistirá en la pérdida de un beneficio y en la ‘chance’, en la frustración de la oportunidad o posibilidad de lograrlo”, conf. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Responsabilidad de abogados y procuradores por pérdida de chance”, publicado en *RCyS*, 2002, págs. 409 y s.s. Puede notarse a simple vista el parecido de este razonamiento con el desarrollado por Chabas, el cual lógicamente compartimos.

⁹⁶² Es claro, al menos para nosotros, que no deben confundirse los conceptos de mera “posibilidad” con “probabilidad”. Un hecho cualquiera puede ser “posible” que suceda. Es decir, hace referencia a una simple aptitud, potencia u ocasión de que el hecho pueda suceder. Pero este mismo hecho sólo será “probable” que suceda o se realice si es verosímil o razonable que se produzca. En tal sentido, y con un excelente razonamiento, puede leerse en PIEDECASAS, Miguel A. “La pérdida de chances en la CSJN”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 175.

podremos aseverar que estamos en presencia de un daño “cierto”⁹⁶³, y no puramente eventual o hipotético⁹⁶⁴, en razón que *ciertamente se ha vulnerado esa expectativa real que tenía el cliente de triunfar judicialmente -o no perder, por ejemplo-*.

Y también sólo de esta manera podemos válidamente decir que existe -o puede existir- una relación de causalidad adecuada entre la impericia profesional y el perjuicio causado al cliente, siendo éste la pérdida de la posibilidad de ganar, o no perder, un juicio⁹⁶⁵.

Otra corriente, como dijimos páginas atrás, entiende que la chance encierra un *problema causal*. En puridad la misma sería la fórmula para solucionar problemas causales, cuando no puede probarse que el agente causara el perjuicio ni tampoco lo contrario, que no lo originara. La doctrina de la chance, en tanto que funcionaría como una excepción a los principios básicos en materia causal (vg. indivisibilidad de la causa) importaría una indemnización parcial o fraccionada. Estaríamos ante un caso de “causalidad probabilística”⁹⁶⁶.

Para nosotros, desde el enfoque que proponemos, *no existe renuncia ni relajamiento causal*. Ello puesto que lo que se trata de indemnizar es simplemente esa chance que tenía el sujeto y que se vio frustrada por la conducta imperita del profesional del Derecho.

Además, *tampoco importará una indemnización “parcial o fraccionada”* si justamente lo que pretendemos es indemnizar “íntegramente” (o “plenamente”) esa chance frustrada en base al coeficiente de probabilidad de concretarse, de ser factible (como se verá más adelante).

Por cierto que no es lógico realizar el análisis causal desde un supuesto daño final o absoluto (la pérdida de la ventaja) hacia su causa (la conducta imperita del letrado), tal como propone la *teoría causalista* que combatimos. Es claro que este punto de conexión, este daño final, no existe, ni siquiera es un daño. Siendo ello así ¿cómo se puede hacer un análisis retrospectivo desde un efecto a su causa generadora, cuando dicho efecto no existe y por ende la causa no lo produjo? Para nosotros *este análisis causal debe necesariamente hacérselo desde la chance que, precisamente, pretende resarcirse*. En definitiva, la teoría de la causalidad probabilística en este caso no tiene qué hacer, no está invitada a participar o tener injerencia. Constituye una postura equivocada o errónea pues confunde los términos a relacionar (acción-daño) y conlleva a un análisis retrospectivo que encierra una imposibilidad fáctica absoluta⁹⁶⁷.

⁹⁶³ “O sea que, a pesar de la situación de incerteza, puede decirse que no obstante hay algo actual, cierto e indiscutible, cual es la efectiva pérdida de la oportunidad o posibilidad de lograr un beneficio”, anotó con razón TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, “La pérdida de chances en el Derecho de Daños. De la certidumbre de un perjuicio a la mera posibilidad o probabilidad. La noción”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances, cit.*, pág. 57. Cabe recordar que este reconocido y querido jurista falleció el 4 de octubre del año 2016.

⁹⁶⁴ Es claro que el perjuicio eventual, imaginario o meramente hipotético no es resarcible, así “*le préjudice éventuel, hypothétique, ne doit pas être réparé*”, conf. MAZEAUD, Henri et Léon - MAZEAUD, Jean - CHABAS, François, *Leçons de droit civil, t. II, 1er vol., Obligations, théorie générale*, 8a ed. par François Chabas, Montchrestein E.J.A., París, 1991, n° 412, pág. 398. En cuanto a nuestro tema objeto de estudio, igualmente se ha señalado, incluso por el más genuino representante de las víctimas en el Derecho argentino, que el daño eventual, aquel de incierta realización y que a criterio del juzgador ofrezca escasas probabilidades de ocurrencia, no corresponde que se indemnice, puesto que “El resarcimiento de daños no puede convertirse en fuente de ganancia o enriquecimiento a costa del patrimonio ajeno; no siendo justo indemnizar daños cuya posibilidad de acaecer es remota”, conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge “Las chances. Responsabilidad del abogado”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances, cit.*, pág. 73.

⁹⁶⁵ El primer problema que se presenta en la reparación del daño en esta materia consiste en conocer si las “chances” verdaderamente existían; o sea, si lo que estaba en juego -el “éxito” en el proceso judicial- no era meramente hipotético, si el daño no era eventual. “La Corte de Casación autoriza la indemnización cuando las chances no son hipotéticas. Así, corresponderá a aquél que vio limitadas sus posibilidades de obtener un mejor empleo en el futuro, a condición de que sus esperanzas no se presenten como simples sueños”, conf. CHABAS, François, “La pérdida de una chance en el derecho francés”, *cit.*, pág. 936. También, aunque con distinta cosmovisión sobre este asunto, se ha señalado que “no resultarán indemnizables los beneficios hipotéticos o imaginarios, o sea, lo que una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha calificado como ‘sueños de fortuna’, que constituirán en todo caso una aspiración subjetiva del acreedor o del damnificado pero que no han podido ser probados o no han adquirido un nivel de previsibilidad suficiente que autorice su resarcimiento”, conf. PITA, Enrique Máximo, “La indemnización del lucro cesante y de la pérdida de chance...”, *cit.*, pág. 194.

⁹⁶⁶ Partidario de estas ideas, como lo señalaremos con más precisión en las dos notas que siguen es Luis MEDINA ALCOZ. En el Derecho argentino participa de esta postura Enrique Máximo PITA.

⁹⁶⁷ Es cierto que, por otro lado, para establecer el grado de seriedad, fundabilidad, consistencia o entidad de la chance, sí necesitaremos hacer un análisis probabilístico que relacionará al daño final con la chance misma.

Es decir, insistimos, en este campo, como en cualquier otro de la responsabilidad civil, para que la víctima pueda acceder al crédito indemnizatorio debe existir una adecuada relación de causalidad entre el daño ocasionado -pérdida de chances- y la conducta que se pretende imputar al mismo -impericia del letrado-⁹⁶⁸. “A tal fin en el análisis se impone un criterio de previsibilidad del observador (juez) que no es aleatorio, en cuanto se encuentre delimitado por otro criterio: el criterio objetivo de la probabilidad”⁹⁶⁹. La “operación mental” que deberá realizar el juez en estos casos singulares consiste en plantear una lógica de “posibles escenarios futuros” de acuerdo a lo que normal, regular y ordinariamente sucede -teoría de la relación de causalidad adecuada-, anticipando una posible solución al determinar la procedencia o viabilidad de la reparación de la chance, aminorando el impacto y disminuyendo los riesgos de la contingencia futura producto del daño actual⁹⁷⁰.

Queda claro, entonces, que *no se indemniza la ganancia dejada de percibir -por ello no es un “lucro cesante”-, sino la probabilidad de conseguirla*⁹⁷¹. Con tal inteligencia se ha sostenido que “Lo indemnizable no es el perjuicio mismo, sino la probabilidad de lograrlo, sin que sea posible conocer si ésta se habría realizado: nadie lo sabe, ni lo sabrá jamás, porque el hecho ha detenido en forma definitiva el curso de los acontecimientos donde

Aquí sí vincularemos a este daño absoluto o final y determinaremos, probabilísticamente, su entidad o graduación. Pero ello no tiene nada que ver (por más relación que exista) con el análisis genuinamente causal que debemos hacer para imputar a un sujeto el deber de responder. La causalidad propiamente dicha (tanto a nivel de causalidad física cuanto a nivel de causalidad jurídica y sin importar la teoría que uno quiera aplicar, vg. relación de causalidad adecuada, imputación objetiva, causalidad jurídicamente relevante, etc.) debe relacionar el daño a indemnizar, la pérdida de la chance, con la conducta del sindicado como responsable. Esto sí implica un problema o una cuestión causal y si constatamos la existencia de la misma se podrá responsabilizar al sujeto en cuestión (comprobados los restantes “presupuestos” responsabilizantes). Mientras que el anterior análisis, el que determina si estamos en presencia de una verdadera chance, con cierta entidad, consistencia o seriedad, no implica sino una cuestión o un análisis probabilístico que en modo alguno debemos “confundir” con el estudio de la causalidad en la responsabilidad.

⁹⁶⁸ En contra, MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad...*, cit.,. Para dicho autor el problema de la pérdida de chances u oportunidades radica justamente en una cuestión causal: se trata de casos en que no puede probarse la mentada relación de causalidad -a nivel de causalidad física o material-, importando la doctrina en análisis una clara excepción a las reglas básicas en dicha materia -indivisibilidad de la causa- que conmueve sus principios fundantes. Ello puesto que, según su parecer, en los casos de pérdida de oportunidad estaríamos ante supuestos en los cuales no resulta acreditado que el agente causara el daño, ni tampoco lo contrario. Ante esta duda de estricta incertidumbre causal el juzgador concede una indemnización que no es plena o integral, sino parcial o proporcional a las posibilidades de que el agente causara el perjuicio.

No compartimos dicha conclusión. Es más, somos confesos partidarios de la teoría ontológica en la cual podemos enrolar a los más destacados juristas europeos y la mayoría de la doctrina argentina. La cuestión central radica, reiteramos, en los términos que debemos relacionar en este tipo especial de perjuicio. Desde nuestro enfoque lo que se indemniza es la pérdida de chances (justamente) y es desde este daño y no desde el otro (el final o absoluto, que no es ni “daño”) que debemos realizar el análisis retrospectivo para averiguar si se constata la debida relación de causalidad con la conducta imperita del agente (en nuestro caso, abogado). Creemos que ello no merece ponerse en tela de juicio, pero el autor que ahora criticamos dice todo lo contrario. Equivoca, pensamos humildemente, su enfoque. Yerra en un término básico para realizar el análisis causal, el “daño”. Es claro que si sostenemos que el daño indemnizable es esa ventaja dejada de obtener (o perjuicio que pudo evitarse y no se evitó), estaremos ante un daño eventual, hipotético, y por ende no resarcible. Este pretendido perjuicio, daño final o absoluto, en puridad no es tal. Ahora bien, si sostenemos -como lo hace al autor citado- que desde allí debe partir el análisis causal, claro que debemos establecer nuevas reglas, manejarnos con causalidades indemostradas e indemostrables y con indemnizaciones proporcionales, fraccionadas, parciales. Este daño, mal llamado daño final, absoluto, etc., en puridad no es el daño que pretendemos indemnizar con este instituto. No para nosotros, al menos. Al errar este enfoque básico, las conclusiones a las que arriba el autor en cuestión no la podemos compartir, más allá de su profundo análisis y de coincidir en otras tantas de sus proposiciones. En ésta, vital por cierto, deploramos disentir.

⁹⁶⁹ “Mediante el estudio probabilístico se puede establecer con qué frecuencia, bajo condiciones suficientemente estables de una causa, devienen determinados efectos, elaborando conclusiones sobre la probabilidad de sucesos potenciales y sobre la mecánica subyacente de sistemas complejos, proporcionando estimaciones cercanas a la realidad futura”, conf. LOVECE, Graciela, “La pérdida de chance confrontada con la relación adecuada de causalidad”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances*, cit., pág. 223.

⁹⁷⁰ Conf. LOVECE, Graciela, “La pérdida de chance confrontada con la relación adecuada de causalidad”, cit., pág. 224.

⁹⁷¹ En igual sentido el estimado profesor Alferillo concluye que “La indemnización deberá ser de la *chance* misma y no de la ganancia, por lo que aquella deberá ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de posibilidad de convertirse en cierta; el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad”, conf. ALFERILLO, Pascual E., autor de las glosas a los artículos 1708 al 1780 en ALTERINI, Jorge H. (Director general), ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, tomo VIII, arts. 1708 a 1881... ob. cit.*, págs. 106 y s.s.

reposaba la esperanza del afectado. Así pues, en la ‘chance’ concurre una cuota de incertidumbre o conjetura”⁹⁷².

2.4. Sobre su configuración: método estadístico y el denominado juicio sobre el juicio.

Ahora bien, señalamos recién que en este campo existe, aunque no reina, junto a la certidumbre del daño -pérdida de chances- una cuota o porción de conjetura o incertidumbre⁹⁷³. Entonces nos preguntamos *¿cómo se elimina esta cuota de incertidumbre?* Pues al respecto -y para el auxilio del juez- *existen dos procedimientos distintos: uno el “estadístico” y el otro el que pasó a denominarse “juicio sobre el juicio”⁹⁷⁴ o “procedimiento dentro del procedimiento” (trial within a trial o case within a case, como le llaman en el Derecho estadounidense).* “Mediante el recurso a la *estadística*, esto es, al estudio comparativo de las situaciones judiciales ofrecidas ante un idéntico supuesto de hecho, podrá calcularse si la pretensión ejercitada por el abogado negligente tenía probabilidades favorables que su conducta hizo desaparecer”⁹⁷⁵.

Es decir siempre que las posibilidades de éxito de la posición defendida por el letrado sean superiores a las de fracaso se podrá afirmar que el cliente gozaba de una situación ventajosa que puede rotularse como pérdida de chances “ciertas y serias” que merecen ser resarcidas. Por el contrario, cuando estadísticamente se compruebe que la actividad del abogado en casos similares llevaba normalmente al fracaso de la acción, recurso u otro quehacer profesional, entonces se concluirá con el rechazo -al menos como rubro pérdida de chances- de la pretensión del cliente frustrada por la impericia del abogado por carecer de certeza el daño por él reclamado, siendo el mismo meramente eventual o hipotético⁹⁷⁶.

Es claro que este procedimiento tiene sus marcadas limitaciones. Para empezar ningún supuesto fáctico es idéntico a otro -como regla general y sin brindar alguna concesión al “heracliteísmo”-, y cualquier variación de los hechos entre supuestos casos análogos, puede variar totalmente el decisorio. Incluso es posible que ante supuestos semejantes se brinden soluciones dispares en la jurisprudencia; “de hecho sobre algunos temas existen

⁹⁷² ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de Daños, vol. 2a, Daños a las personas, (Integridad sicofísica)*, Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1990, pág. 373. En esta línea de pensamiento se ha señalado que “la indemnización deberá atender a las concretas probabilidades de éxito que existían, ya que cuando se da esa situación queda en ignorancia total el resultado que habría tenido el pleito y no se dispone de otra manera para fijar el monto de la indemnización. Por estos motivos es que no cabe remitirse sin más a las sumas reclamadas en el escrito de demanda del proceso donde intervino el profesional cuya conducta ahora se juzga”, conf. PETTIS, Christian R., “El presupuesto del daño...”, *cit.*, *La Ley*, 2001-D, 938 y s.s.

⁹⁷³ Con este parecer se ha resuelto muy gráficamente que “Este daño, de responsabilidad del abogado, *coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre. Certeza* de que, de no mediar el evento dañoso, el damnificado habría mantenido la esperanza en el futuro que le permitiría obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial. Pero a la par, *incertidumbre definitiva*, ya que manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la chance, la ganancia se habría en realidad obtenido, o la pérdida se habría evitado”, conf. C. 1era. Civil y Comercial, Mar del Plata, sala II, 06/02/2003, “Sendra, Roberto Esteban c. Crespo, Raúl Francisco s/Daños y perjuicios”, publicado en MEDINA, Graciela y GARCÍA SANTAS, Carlos “Las chances. Provincia de Buenos Aires”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances, cit.*, págs. 317. La cursiva nos pertenece. Claro que no existe contradicción alguna en afirmar -como sostenemos en esta tesis- que este daño debe ser “cierto” -certeza- para ser indemnizado, más allá de no poder conocerse a ciencia “cierta” si en definitiva, de no mediar la impericia profesional, el cliente habría vencido -o no habría perdido- en el proceso en cuestión -incerteza definitiva dice la Cámara-. Ello pues lo que se indemniza es la chance misma malograda, la esperanza frustrada y no el beneficio perdido o la ganancia frustrada.

⁹⁷⁴ Tanto en España cuanto en Argentina se usa tal denominación, a veces incluso otras análogas, atribuyéndose su “paternidad” a Mariano YZQUIERDO TOLSADA, quien la utilizó al comentar una sentencia del Tribunal Supremo del 28/1/98, comentario publicado en “Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil”, n° 47, abril-agosto, pág. 679. Por su parte CRESTO MORA utiliza la denominación juicio *dentro* del juicio. Ver, CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado...*, *cit.*, págs. 392 y s.s.

⁹⁷⁵ Conf. SERRA RODRÍGUEZ, *Responsabilidad Civil del Abogado, ob. cit.*, pág. 242. La cursiva nos pertenece.

⁹⁷⁶ Señala Fabio SIEBENEICHLER DE ANDRADE que “Es forzoso reconocer, también, que no se establecen con precisión, modelos para evaluar cuál es el importe del perjuicio que deberá reparar el abogado. La dificultad reside, sin sombra de dudas, en cómo evaluar el daño por la pérdida de una chance. Realmente no hay una regla clara y definitiva. La doctrina ya mencionó que el daño debería ser estimado con base en una evaluación estadística de la probabilidad de vencer en una causa. Al fin y al cabo, la simple existencia de una ‘álea’, comprobada estadísticamente, confirmaría la presencia de un daño. Sin embargo... el abogado no será condenado a pagar una indemnización equivalente al litigio, pero sí una reparación igual al coeficiente de chances que el cliente tenía de ganar”. Ver: “La responsabilidad civil de los abogados: la culpa y causas de exclusión”, *cit.*, págs. 392 y 393.

"
diversas líneas jurisprudenciales debido a que al Tribunal Supremo no está constreñido por sus precedentes"⁹⁷⁷.

El otro método (*juicio sobre el juicio, juicio dentro del juicio o procedimiento dentro del procedimiento*) para averiguar si corresponde condenar a un abogado al resarcimiento de pérdidas de oportunidades alegadas por el cliente, consiste en valorar el *proceso base* en el cual se produjo supuestamente la mala praxis profesional. En esta tarea *el juez que entiende en el proceso sobre responsabilidad profesional ha de sumergirse en las particularidades del caso frustrado por la conducta imperita del abogado sindicado como responsable*⁹⁷⁸.

Por cierto que no son pocas las *objeciones* que se propiciaron a esta forma de indagar la conducta reputada en desacuerdo con los cánones de exigencia profesional requeridos. Se dice, por ejemplo, que "resulta imposible emitir un juicio exacto sobre la estimación o desestimación de un proceso frustrado o no incoado por la actuación u omisión del letrado. Ello es debido a que el tribunal encargado de averiguar esta cuestión *no siempre contará con todo el elemento probatorio* del que hubiera dispuesto el juez o tribunal competente"⁹⁷⁹.

A ello se añade que el juez del proceso de mala praxis *no tiene competencia* para entender en el proceso anterior que hasta incluso puede ser de un fuero completamente diferente.

Además se señaló la *falta de una verdadera contradicción* en este nuevo pleito, debido a que las defensas que pudiere haber opuesto el adversario en el *juicio base* no serán las mismas que tiene ahora el letrado demandado en el *proceso consecuente*⁹⁸⁰.

A todo ello todavía se le puede sumar alguna *posible transgresión al instituto de la cosa juzgada material*, en el sentido que supuestamente la seguridad jurídica impediría que pueda ser estudiado o valorado un proceso anterior que ya cuenta con sentencia firme⁹⁸¹.

Todas estas razones tuvieron eco en algunas resoluciones del alto Tribunal de Justicia español, el cual llegó a determinar -con un criterio que en otras sentencias "olvida" por completo, sobretodo en las más recientes- que "resulta totalmente imposible saber, sin introducirnos en el resbaladizo y absolutamente inadmisibles terreno de las conjeturas, cuál hubiera podido ser el tratamiento (estimatorio o desestimatorio) que habrían recibido los tres frustrados... recursos de apelación"⁹⁸².

⁹⁷⁷ Conf. CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado...*, cit., pág. 392. Lo mismo quepa decir de otros altos tribunales de Justicia.

⁹⁷⁸ Dicho método puede definirse, utilizando la expresión del Tribunal Supremo español, Sala 1ª, en la sentencia del 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3914), como la operación intelectual realizada por el órgano judicial "consistente en determinar (con criterios de pura verosimilitud o probabilidad) cuál habría sido el desenlace del asunto si la demanda se hubiese interpuesto o el recurso se hubiese formulado a tiempo". Ver, CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado...*, cit., pág. 392, nota 123. Dicha concepción puede extenderse a otros supuestos de responsabilidad civil del profesional del Derecho, amén de la omisión en interponer la demanda, o la falta de presentación de un recurso tempestivamente.

⁹⁷⁹ CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado...cit.*, pág. 392. La cursiva es nuestra.

⁹⁸⁰ Como dice el Tribunal Supremo, Sala 1ª, en la sentencia del 26 de enero de 1999 (RJ, 1999, 323), estaríamos ante una "revisión distorsionada por falta de alegaciones de las partes y de contradicción entre éstas".

⁹⁸¹ Cabe resaltar que la doctrina y jurisprudencia italiana al principio rechazaron la indemnización por este rubro al señalar justamente que era imposible reexaminar la causa en la que el profesional habría incurrido en mala praxis -el proceso "base"-, puesto que aquella se hallaba afectada por el efecto de la cosa juzgada, lo que implicaba un límite infranqueable a la posibilidad de modificar la resolución judicial, causa que probablemente tuvo un juez distinto y una tramitación diferente, como resaltamos en el texto. Sin embargo, dicha situación cambió a partir de los años setenta, cuando la jurisprudencia italiana termina sosteniendo que no existe ninguna norma que impida al juez realizar un "juicio hipotético probabilístico" acerca de la pretensión del cliente insatisfecho y, lógicamente, si de tal juicio resultara una valoración positiva, condenar al letrado demandado. Véase en este punto, MOSSET ITURRASPE, Jorge "Las chances. Responsabilidad del abogado", en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances, cit.*, págs. 80 y s.s.

⁹⁸² STS, Sala 1ª, de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871). Dicha resolución constituye un franco rechazo a la aplicación del método juicio sobre el juicio. En otras resoluciones sigue este temperamento, pero también se hace eco del criterio opuesto pregonando la utilización del mentado procedimiento. Así, en la sentencia de 20 de mayo de 1996, Sala 1ª, (RJ 1996, 3793) dice el Supremo que "ninguna contradicción existe en que al examinar la Sala, como único medio de aproximarse al alcance de los posibles daños y perjuicios, razone sobre la improsperabilidad de la alzada y sus expectativas, que se perdió por negligencia del procurador, en términos que son plenamente aceptables y que, desde luego, no pretenden sustituir lo que pudiera haber sido el resultado

No obstante estas aparentes críticas nosotros estamos convencidos que la mejor forma de indagar la conducta del profesional radica justamente en investigar con minuciosidad el caso en donde supuestamente se habría cometido el incumplimiento o mal cumplimiento prestacional⁹⁸³. Es más, tenemos la certeza que ésta es la única forma para concluir si se ha cometido o no una mala praxis “forense”⁹⁸⁴. Entonces, al igual que lo que sucede con la historia clínica en los casos médicos, aquí el juzgador debe estudiar, investigar y valorar el proceso base de la responsabilidad profesional⁹⁸⁵.

No creemos que represente obstáculo alguno el hecho de ya contar el proceso frustrado con sentencia firme, pues el nuevo juez no emitirá su veredicto en aquel juicio ya fenecido, cuestión imposible fáctica y jurídicamente, por cierto, sino tan sólo se servirá del mismo a los fines de determinar -o no- la responsabilidad profesional que ahora está juzgando. Es como si al apreciarse la historia clínica se argumentara que se pretende, por ejemplo, resucitar al paciente fallecido.

Pues simplemente se valorará el finiquitado juicio -proceso base- para determinar o apreciar la eventual responsabilidad profesional que se investiga. Es decir que se tomarán todas las cautelas necesarias que evitarán “reproducir un juicio dentro de otro que vulneraría la santidad de la cosa juzgada”⁹⁸⁶, parafraseando al Tribunal Supremo en su sentencia del 26 de enero de 1.999.

Además, bien se ha señalado -respecto del Derecho español pero con vocación de universalidad, *mutatis mutandi*- que realmente no se provoca una violación al principio de cosa juzgada, ello puesto que “no sólo falta la perfecta identidad de las partes entre ambos procesos (requisito exigido por el artículo 222 LECiv/2000) sino que, además, no se modifica la situación jurídica declarada en la sentencia firme”⁹⁸⁷.

definitivo, por ser ello, tarea imposible”. Estas dos sentencias pueden considerarse las pioneras emanadas del Supremo respecto de este tema. En una se critica el método que nosotros aplaudimos; en la otra se lo abraza abiertamente. Lo llamativo es que durante años ninguna de ambas posturas terminó por imponerse del todo en dicho Tribunal, aunque al parecer ahora lo hizo la que compartimos según los últimos y recientes precedentes que analizaremos en esta tesis. Esto significa que ahora el Tribunal (o Audiencia Provincial, o Juzgado de Instancia) sí se sumerge en las particularidades que presentó el proceso “base” de responsabilidad para analizar si hubo alguna actuación imperita del letrado y si se configuró el daño denominado “pérdida de chance” (o pérdida del derecho a recurrir, privación del derecho a una tutela judicial efectiva, frustración de una acción judicial, etc.).

⁹⁸³ Con criterio similar, entre otros tantos, ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, “La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores”, *cit.*, págs. 42 y 43; CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado...*, *cit.*, págs. 392 y s.s. Debemos aclarar que dicha jurista española proclama la aplicación de este método sólo para la estimación del *quantum* por el que debe responder el letrado negligente; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pág. 553; PETTIS, Christian R., “El presupuesto del daño en la mala praxis de los abogados y procuradores. Cuestiones relacionadas con su determinación y cuantificación”, en *La Ley*, 2001-D, 938 y s.s.

⁹⁸⁴ En un breve e interesante trabajo se ha dicho que no hay más remedio que pasar a valorar todos los daños sufridos por el cliente, lo que implica realizar una conjetura sobre el resultado final del conflicto judicial, sin la existencia de la contradicción propia del mismo. Sólo así se evitarán los dos extremos indeseables: el enriquecimiento o empobrecimiento injusto del litigante, víctima de una mala praxis “legal”. Conf. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Responsabilidad de abogados y de procuradores”, *Aranzadi Civil*, 1997, T I, Volumen III, pág. 20. También con acierto se ha afirmado que esta solución se ajusta a los principios generales en materia de responsabilidad civil y que obliga a hacer un juicio de probabilidad sobre el éxito de la pretensión a indemnizar de acuerdo con las posibilidades que se considere que se tienen. Además, se sostiene con razón que no representa obstáculo alguno el hecho de que la acción eventualmente se hubiera planteado ante una jurisdicción distinta de la civil, “tanto porque no se trata de revisar lo actuado por los Tribunales de ese orden Jurisdiccional, sino de establecer las probabilidades de éxito de la pretensión a los solos efectos de determinar el daño resarcible”, conf. ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, “La responsabilidad civil de jueces...”, *cit.*, págs. 42 y 43.

⁹⁸⁵ Con similar inteligencia se ha señalado que “en el caso *sub examine* no se debe analizar un juicio hipotético y genérico, sino merituar, en forma puntual y específica, el caso donde existió la responsabilidad profesional del abogado, dado -donde- han de considerarse todas las cuestiones fácticas, jurídicas y probatorias, para ver en ese caso en particular cuáles eran las verdaderas chances que podría haber tenido el cliente”, conf. SOBRINO, Augusto Roberto, “La responsabilidad profesional de los abogados”, en *Los nuevos daños...*, *cit.*, pág. 374, nota 66. Dicho trabajo también está publicado, con unas cuantas citas más, en *D.J.*, 1992, pág. 290 y s.s. Lo señalado entre paréntesis nos pertenece.

⁹⁸⁶ GONZÁLEZ FERRER, Juan José - YBARRA LÓPEZ-GÓMEZ, Javier, “La Frustración de oportunidades del cliente por error del abogado”, en *OTROSÍ, Publicación informativa del Colegio de Abogados de Madrid*, enero 2002, N° 33, pág. 23.

⁹⁸⁷ Conf. CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado...*, *cit.*, pág. 394.

Por otro lado no tiene mucho sentido ni asidero legal afirmar la eventual falta de competencia del juez civil para entender estos casos de mala praxis *legal* cuando la misma se haya originado en otro fuero distinto del suyo -administrativo, penal, laboral, etc.-⁹⁸⁸. La realidad nos demuestra otra cosa: que estos jueces sí tienen dicha competencia; de hecho, numerosos casos de mala praxis forenses son gestados en malas prácticas relacionadas con el fuero laboral. Además, y otra vez recurriendo al Derecho español, “esta crítica resulta desacertada en atención al artículo 117.5 CE que consagra el principio de unidad jurisdiccional”⁹⁸⁹. Por cierto que con tal criterio tampoco los jueces podrían juzgar malas praxis médicas, por ejemplo, al menos que sean médicos (y abogados a la vez), lo cual resulta a todas luces absurdo.

Queda claro, entonces, que *el juez únicamente emitirá una sentencia, la que corresponda al caso traído a su estrado sobre la posible mala praxis legal*; ello, más allá de elaborar y valorar una sentencia “imaginaria”⁹⁹⁰ que hubiera correspondido dictar en el proceso -siguiendo con la mala actuación en el ámbito judicial- truncado por la impericia del profesional “ahora” enjuiciado.

En este sentido pensamos que tendrán relevancia todas las cuestiones que pueden haberse presentado en aquel pleito antecedente de la responsabilidad profesional⁹⁹¹. Así, *el tema de la falta de contradicción queda un tanto relativizado de esta forma*, pues si el letrado demandado prueba que el adversario anterior contaba con tal o cual prueba, defensa, o padecía de insolvencia⁹⁹², por ejemplo, ello le será de utilidad en el proceso en el cual se le

⁹⁸⁸ Criterio sostenido en la sentencia de la Audiencia Provincial de León del 16 de diciembre de 1994 (AC 1994, 2226).

⁹⁸⁹ CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado...*, cit., pág. 395.

⁹⁹⁰ Si bien Trigo Represas afirmó que el juez que resuelve la mala praxis “deberá confeccionar dos sentencias”, inmediatamente aclaró que la primera de ellas es “mental o imaginaria”, y que versa sobre cómo resolvería él el juicio en el que se acusa al profesional demandado haber actuado imperitamente; mientras que la segunda (única sentencia en puridad), ya se trata del juicio que debe fallar, la cual tendrá vestigios de la primera en la medida que se relaciona con esa causa; ver: TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, n° 69, pág. 239.

⁹⁹¹ Con tal parecer, se ha resuelto que la indemnización originada en el incumplimiento contractual del letrado, en tanto que pérdida de chance, debe apreciarse con el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, “en consecuencia no corresponde que se analicen los rubros frustrados tal como si se estuviera ante la pretensión de origen, mas sí cabe considerarla pues a mayor certeza en punto a los daños cuya reparación se ha visto frustrada mayor la pérdida de ‘chance’ experimentada”, conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 13-12-2004, “Burriel, Alfredo H. c/C. de M., G. Y.”, *La Ley*, 2005-B, 354, fallo agrupado por PREVOT, Juan Manuel, ob. cit., n° 2080, pág. 468.

⁹⁹² Así, se ha dicho con acierto que las efectivas posibilidades de cobro son otro elemento a considerar, puesto que si el demandado era un insolvente, la omisión del abogado -que causó la pérdida de la acción- “no puede ser la fuente mágica que permita encontrar un patrimonio solvente”, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, pág. 724. Al respecto en las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, realizadas en diciembre del año 1992, se recomendó que “Los jueces, al evaluar la extensión de responsabilidad del abogado deberán tomar en consideración entre otras circunstancias, las condiciones económicas del demandado, a fin de determinar la real chance que tenía el damnificado de percibir el monto reclamado”. En igual sentido podemos enrolar a TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos...*, cit., n° 66, pág. 340; allí nos señaló que el juez debe dimensionar las posibilidades de solvencia económica con que razonablemente podría contar la parte que probablemente habría de resultar vencida en el juicio frustrado. Además, se ha afirmado que sería un factor determinante de la entidad de la pérdida de chance a indemnizar, amén de su mayor o menor probabilidad, la cobrabilidad del crédito en cuestión (por el accionante) o capacidad de pago (por parte del accionado), puesto que si se pierde el juicio por impericia del letrado, “pero el demandado-deudor nada debió desembolsar al carecer de bienes que garanticen el crédito de los acreedores, mal podrá recuperar de su abogado lo que nunca de hecho pagó”, conf. WIERZBA, Sandra M., *Responsabilidad civil del abogado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, n° 11, pág. 75, nota 47. En esta senda también sumamos a COMPIANI y STIGLITZ, quienes sostienen que el juez debe merituar la posibilidad real que tenía el cliente de percibir el monto de la condena, teniendo en consideración las condiciones económicas del demandado, conf. COMPIANI, María Fabiana y STIGLITZ, Rubén S., “De algunas responsabilidades profesionales...”, cit., *RCyS*, 2007, págs. 205 y s.s. En fin, la jurisprudencia más de una vez se expidió en tal sentido, y además de los precedentes que citamos cuando tratamos sobre el *quantum*, se ha sentenciado con acierto que “A los fines de determinar la responsabilidad y la consecuente indemnización que deberá pagar el abogado que dejó perimir una causa por accidente de tránsito debe tenerse en cuenta la mayor o menor probabilidad de éxito que tenían los actores en la causa perimida, y para ello tendrán que merituar tanto las circunstancias favorables como las desfavorables con las que contaba, como así también la cobrabilidad de la hipotética condena resarcitoria. En suma el monto resarcitorio estará definido por el grado de probabilidad de concreción de la chance frustrada”, conf. Cám. Civ. y Com. de Paraná, Entre Ríos, sala II, 17-03-1992, “C. de B., Y. I. c/Y., E. H. S. s/Sumario”, fallo que puede verse en PITA, Enrique Máximo y RAMÍREZ AMABLE, Valentina, “Las chances. Provincia de Entre Ríos”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2008-1, *Chances*, cit., pág. 490. La cursiva es nuestra.

imputa mala práctica⁹⁹³. Como toda prueba⁹⁹⁴, estos extremos deben ser valorados con discreción y sana crítica racional por el juez, ya para rechazar la pretensión del cliente insatisfecho, sea para reducir el *quantum respondeatur*, o para no tener por configurado este tipo especial de perjuicio pero sí, verbigracia, el daño moral⁹⁹⁵.

Queda claro, entonces, que entre los múltiples factores que deben analizarse se pueden reseñar “las pruebas” que debieron producirse o que se produjeron en el proceso truncado, y el grado de relevancia que eventualmente pudieron haber tenido para lograr el triunfo en el pleito frustrado⁹⁹⁶. También deben tenerse presente en este análisis el derecho aplicable⁹⁹⁷; el estado de la jurisprudencia⁹⁹⁸, en especial si existe jurisprudencia “vinculante” para el caso contemplado; el estado de la doctrina en el momento en que debía dictar sentencia en el primero de los procesos -el proceso base-; la originalidad de la cuestión debatida⁹⁹⁹; la probable influencia que pueda ejercer la cosa juzgada penal sobre la civil¹⁰⁰⁰; “la cuantía litigiosa o el conjunto de las actuaciones llevada a cabo por el abogado, así como las órdenes recibidas del cliente”¹⁰⁰¹, etcétera¹⁰⁰².

Así las cosas, y realizado este procedimiento denominado “juicio sobre el juicio”¹⁰⁰³, debe quedar claro que solamente cuando de dicho análisis “cuidadoso e integral” resulten patentes u ostensibles “probabilidades ciertas”, deberá considerar cumplido este presupuesto resarcitorio -daño- y no así cuando dicha posibilidad o “probabilidad” -y ya no “probable”- resulte incierta o hipotética, pues entonces estaríamos en presencia de un daño eventual, el cual no resulta resarcible¹⁰⁰⁴. Es decir, si las chances tenían cierta entidad podrá

⁹⁹³ En tal sentido, puede verse, además, PETTIS, Christian R., “El presupuesto del daño en la mala praxis de los abogados y procuradores...”, *cit.*, *La Ley*, 2001-D, 938 y s.s.

⁹⁹⁴ En cuanto a la prueba de la pérdida de chances, específicamente respecto de qué es lo que se debe probar, recomendamos la lectura de PIEDECASAS, Miguel A. “La pérdida de chances en la CSJN”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2008-I, *Chances*, *cit.*, págs. 180 y s.s.

⁹⁹⁵ Hace más de seis décadas se ha sostenido que “La medida de la responsabilidad del abogado y el procurador que han dejado perimir la instancia y, como consecuencia, permitieron que se prescribiesen los derechos de sus representados, debe determinarse de conformidad con el éxito probable de la acción extinguida, factor contingente, es verdad, pero no tanto que no permita aceptar los principios que hubiera aplicado el juez de la instancia perimida”, C.N.Civ., Sala A, 21-8-1956, publicado en *La Ley*, 84, pág. 171.

⁹⁹⁶ En tal sentido se ha expedido la Cám. Civ. y Com. de Concordia, Entre Ríos, sala I, 22-04-2003, “Cía. de Negocios Agropecuarios S.A. c/M. L. A. A. s/Sumario”, fallo que puede verse en PITA, Enrique Máximo y RAMÍREZ AMABLE, Valentina, “Las chances. Provincia de Entre Ríos”, *cit.*, pág. 489.

⁹⁹⁷ Conf. ANDORNO, Luis O. “La responsabilidad de los abogados en los Proyectos de Reforma del Código Civil”, *cit.*, pág. 174.

⁹⁹⁸ Se ha resuelto que si el abogado no apela una sentencia desfavorable a su cliente, no obstante estar obligado a una prestación de “resultado” en tanto que mandatario judicial, ello no basta, pues hay que analizar las chances que tenía de revocar la sentencia. Por ejemplo, la existencia de otras causas parecidas, CNCiv., Sala F, 27/07/76, “Pedro Bachella S.A. v. P. M. E.”, publicado en *J.A.*, 1977-I, pág. 755 y recogido por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, pág. 724, nota 116. En cierta forma, al hablar el Tribunal de la necesidad de indagar lo que sucede en “otras causas parecidas”, significa recurrir al método “estadístico”, el que recomendamos sea usado en forma auxiliar junto al denominado “juicio dentro del juicio” o “juicio sobre el juicio”.

⁹⁹⁹ En tal sentido se dictaminó que la pérdida de la chance no se identifica con la ganancia dejada de percibir y que además de distinguir si es posible o no volver a iniciarse la causa, “deben tenerse en cuenta diversos factores como la jurisprudencia, novedad de la cuestión.”, conf. Cám. 1era. CCMín. de Mendoza, 11-12-1998, “Kim Gik Hyun c/F. J. E., s/Ord.”, fallo que puede verse en GIANELLA, Horacio Carlos, “Las chances. Provincia de Mendoza”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2008-I, *Chances*, *cit.*, pág. 432.

¹⁰⁰⁰ Remarcó la relevancia que puede tener una sentencia penal anterior, entre otros, TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, “La pérdida de chances en el Derecho de Daños. De la certidumbre de un perjuicio a la mera posibilidad o probabilidad. La noción”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2008-I, *Chances*, *cit.*, pág. 64.

¹⁰⁰¹ Conf. GONZÁLEZ FERRER, Juan José - YBARRA LÓPEZ-GÓMEZ, Javier, “La Frustración de oportunidades del cliente por error del abogado”, en *OTROSÍ, Publicación informativa del Colegio de Abogados de Madrid*, enero 2002, N° 33, pág. 23.

¹⁰⁰² En este sentido, PETTIS, Christian R., “El presupuesto del daño en la mala praxis de los abogados y procuradores. Cuestiones relacionadas con su determinación y cuantificación”, en *La Ley*, 2001-D, 938 y s.s.; TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, n° 14, pág. 37 y n° 69, págs. 236 y 237; y en “La pérdida de chances en el Derecho de Daños. De la certidumbre de un perjuicio a la mera posibilidad o probabilidad. La noción”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2008-I, *Chances*, *cit.*, págs. 60 y s.s.

¹⁰⁰³ En pocas palabras y acertadamente se ha dicho que tal procedimiento se trata de “un postjuzgamiento de un caso que no se ha podido juzgar adecuadamente”, conf. VERGARA, Leandro, “Pérdida de chance (Noción conceptual. Algunas precisiones)”, *La Ley*, 1995-D, n° 5, pág. 80.

¹⁰⁰⁴ Con la misma inteligencia, GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Responsabilidad de abogados y procuradores por pérdida de chance”, publicado en *RCyS*, 2002, págs. 409 y s.s. Por su parte, señaló con acierto TRIGO REPRESAS que “la chance de solamente una posibilidad muy genérica y vaga no implica sino un daño puramente hipotético o eventual; el que no resulta, entonces, indemnizable”, brindándonos el conocido ejemplo

considerarse satisfecho el recaudo de la certeza del perjuicio que se pretende indemnizar. Dicho en otros términos, *las chances solamente se indemnizan si constituyen un daño cierto*¹⁰⁰⁵.

La ‘fórmula’ sería algo así: *si las chances eran ciertas habrá un daño cierto*. Es decir, si las chances eran factibles, probables (y no sólo posibles), verosímiles, serias, ciertas o reales, su vulneración generará un daño cierto que debe indemnizarse¹⁰⁰⁶; no así si las mismas eran remotas, improbables, inverosímiles, imaginarias, puesto que no se resarcen meras ilusiones, sueños o quimeras.

2.5. Sobre su *quantum*.

Ahora bien, una vez comprobado que el abogado ha actuado imperitamente y que su negligencia profesional ha ocasionado la pérdida de posibilidades susceptibles de apreciación económica en su cliente, ¿cómo cuantificamos la condena que por este rubro se le impondrá al letrado demandado?

Como observamos damos por acreditadas la acción antijurídica (o no justificada), el daño, la impericia y la relación causal adecuada entre estos últimos extremos, por ello ahora tocamos el *quantum respondeatur*. ¿Y cuánto es lo que debe indemnizar el abogado a su cliente cuando se frustra el proceso que aquél llevaba?

Pues lamentablemente no imaginamos otra solución “justa” que meternos de lleno, otra vez, a indagar las particularidades de cada caso en especial. Y cuando nos referimos a las “particularidades de cada caso” estamos hablando que debemos investigar a fondo el *proceso antecedente*, es decir aquel en el cual se produjo la mala actuación ‘abogadil’.

Es claro que si hacemos coincidir el monto condenado al letrado en concepto de “pérdida de chances” con el solicitado en el proceso por él mismo, podemos caer de vuelta en el problema de la falta de relación de causalidad adecuada entre la conducta imperita y el daño irrogado¹⁰⁰⁷ (ello salvo que en el caso tratemos acerca de una verdadera *frustración de la pretensión* y no de un supuesto de pérdida de chances). En igual sentido ha expresado CHABAS que “Cuando el perjuicio es la pérdida de una *chance* de supervivencia, el juez no tiene la facultad de condenar al médico a pagar una indemnización igual a la que se debería si él hubiese realmente matado al enfermo. El razonamiento es el mismo cuando lo que está en juego es algo distinto a la supervivencia; tal el ejemplo de ganar un proceso. El juez debe proporcionar la reparación al coeficiente de *chances* que el paciente tenía y que ha perdido”¹⁰⁰⁸.

de la frustrada compra de un billete de lotería; ver: TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, n° 13 y s.s., págs. 30 y s.s.

¹⁰⁰⁵ “La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza”, conf. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos...*, *cit.*, pág. 263.

¹⁰⁰⁶ En contra -hace unos años ya y en consonancia con cierta doctrina de su época-, DEMOGUE, René, *Traité des obligations en general*, *ob. cit.*, n° 387. Dicho autor, hartamente citado por nosotros en el capítulo anterior, afirmaba que este tipo especial de daño no debía indemnizarse por tratarse de un perjuicio eventual o hipotético. Igual temperamento puede observarse en el Derecho alemán actual. Claro que la gran mayoría de la doctrina francesa contemporánea se inclina por admitir, en varios supuestos, el resarcimiento de este particular perjuicio. De hecho, como se dijo, el surgimiento de esta doctrina se la debemos principalmente a la formulación de autores y tribunales franceses, amén del aporte anglosajón. Por cierto que el Derecho anglosajón ocupa en la actualidad una posición intermedia, puesto que en general se admite la resarcibilidad de la chance, pero sólo ante casos de mala praxis médica o sanatorial. Ver, entre otros, CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado...*, *cit.*, pág. 370, nota 63.

¹⁰⁰⁷ Con importantes citas jurisprudenciales, ver en este sentido WIERZBA, Sandra M., *Responsabilidad civil del abogado*, *cit.*, n° 11, págs. 78 y s.s., quien sistematizó precedentes que resaltan que la pérdida de chance no puede coincidir con el importe del negocio jurídico frustrado, o con la suma reclamada en la demanda desestimada.

¹⁰⁰⁸ CHABAS, François, “La pérdida de una chance en el derecho francés”, *cit.*, pág. 936. También se ha dicho acertadamente que “el juzgador, a la hora de determinar la magnitud del resarcimiento por pérdida de chance perdida, tendrá que valorar las posibilidades de que el perjudicado obtuviera finalmente el beneficio en cuestión y contemplar las circunstancias potencialmente obstativas de esa ganancia; del juego de ambas surgirá la medida de la reparación”, conf. MÜLLER, Enrique C., “La frustración de la chance de ayuda económica promovida por los padres ante la muerte de un hijo. Persona por nacer, menor impúber, menor adulto”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances*, *cit.*, pág. 188.

Por supuesto que un parámetro válido en esta tarea estará determinado por el monto solicitado en el truncado juicio promovido por el abogado demandado. Sin embargo los jueces deben ser sumamente prudentes¹⁰⁰⁹ en esta cuantificación, pues, amén del eventual conflicto causal, es por todos conocido que constituye moneda corriente entre los letrados pedir mucho más de lo que corresponde, incluso solicitar rubros o conceptos que no tienen verdadera tutela jurídica. Por ello el juzgador al tener presente el monto solicitado y los conceptos a los que responde, no debe perder de vista esta “inflación” que normalmente padece, ello amén de recurrir a otros criterios de mayor envergadura para fijar el *quantum* en su justa medida.

Desde otra óptica, también será relevante la suma condenada al cliente perjudicado, si es que tal condena se debe a impericias del abogado en la producción probatoria, en el planteo extemporáneo, o la no interposición de algún recurso con posibilidades netas de modificar el decisorio¹⁰¹⁰, acaso el no planteo de excepciones legales o de defensa adecuada, etcétera.

Criterio de suma importancia, en nuestro sentir, es el relativo a las “posibilidades reales” -coeficiente de chances-¹⁰¹¹ que tenía el cliente perjudicado de ver acogida su pretensión. En tal sentido se pregunta SERRA RODRÍGUEZ¹⁰¹² si el cliente tenía un 80 % de posibilidades reales de ganar el pleito ¿se entenderá que el abogado debe resarcirlo en un 80 % del monto por aquél pretendido? Es decir, se cuestiona sobre si existe una equivalencia exacta entre las probabilidades de éxito del proceso antecedente, con el porcentaje de la condena del proceso consecuente.

Por nuestra parte, somos de la opinión que al juzgador nunca se le impone una tarea mecánica o matemática a la hora de sentenciar o cuantificar la posible condena que le puede corresponder a un letrado por incumplir su labor específica¹⁰¹³. Contestamos entonces que es -o puede ser- injusto, establecer una equivalencia exacta entre las probabilidades de éxito de lo anteriormente petitionado con el de la condena ahora valorada. Por ello es que no debe desecharse ningún elemento que se pueda presentar.

¹⁰⁰⁹ Hablando de la prudencia con la que deben juzgar los magistrados este tipo especial de perjuicio, se ha afirmado que en la cuantificación de la chance la decisión reposa fundamentalmente en el prudente arbitrio judicial y que “Dicho criterio encierra un relativo margen de discrecionalidad, pero siempre dentro de pautas objetivas sobre las cuales el juez basará su pronóstico razonable sobre la factibilidad de concreción de la chance”, conf. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L, “Responsabilidad de abogados y procuradores por pérdida de chance”, *RCyS*, 2002, págs. 409 y s.s. Coincidimos plenamente con tal aserción, sobre todo con la necesidad de fundamentar o justificar la discrecionalidad en datos objetivos, reales y propios del caso objeto de estudio. En pocas palabras, sentenciar, ya sea en la determinación de la responsabilidad, o en la fijación del *quantum* de la misma, sobre una base real, teniendo presente todas las características que pueda presentar el caso sometido a decisión, alejando de esta manera la “discrecionalidad” de la “arbitrariedad” judicial.

¹⁰¹⁰ Comentando un fallo MAYO se preguntó si el cliente que estima que fue perjudicado por su abogado al no haber apelado una sentencia y como resultado de ello tuvo que solventar íntegramente la condena, puede reclamar el monto de lo que pagó o la pérdida de una chance. Y responde -lógicamente- que el letrado imperito debe abonar (probado los demás requisitos responsabilizantes, agregamos nosotros) la chance malograda de modificar el decisorio, “porque el perjuicio está representado no por lo efectivamente abonado, sino por la chance de que la sentencia fuera reformada por el tribunal de apelación; la negligencia del abogado incide causalmente sobre esa chance, mientras que lo pagado obedece a la sinrazón del derecho invocado por el cliente, no pudiéndose establecer en este proceso de responsabilidad contra el abogado otra cosa que un juicio profético de probabilidad y no una revisión de la cosa juzgada firme”, conf. MAYO, Jorge A., “La responsabilidad del abogado en tres fallos recientes”, en *RCyS*, 2005, pág. 439 y s.s.; *D.J.*, 2005-2, págs. 711 y s.s.

¹⁰¹¹ Empleando la terminología de CHABAS, quien afirmó que la búsqueda de este *coeficiente de chances* es una operación compleja, siendo que “Este examen *ex post facto* configura la mayor dificultad de la materia: es muy difícil determinar qué *chances* de aprobar un examen tenía un candidato, un litigante de ganar un proceso, un caballo de ganar una carrera. Sobre todo porque las *chances*, por definición, están definitivamente agotadas cuando se hace el examen de ellas. En materia médica será necesario referirse a las *estadísticas*, si ellas existen (se sabe que tal cáncer, tratado a tiempo, tiene tal o cual porcentaje de curar). Pero también, habrá que *examinar en concreto* la situación del paciente. El método no escapará jamás a un cierto arbitrio”, “La pérdida de una chance en el derecho francés”, *Jurisprudencia Argentina*, 1994-IV, págs. 937. La cursiva nos pertenece.

¹⁰¹² *Ob. cit.*, pág. 245.

¹⁰¹³ En esta senda se ha señalado acertadamente que “los criterios numéricos deben ser referenciales, mas no decisivos ni exclusivos para su admisibilidad”, conf. PIEDECASAS, Miguel A. “La pérdida de chances en la CSJN”, *cit.*, pág. 179. Si bien dicho estimado jurista hacía referencia a la configuración -admisibilidad- de la pérdida de chances, lo mismo quepa decir respecto de su *quantum*. Además, nos dice el autor citado, en opinión que compartimos, que si bien el daño a indemnizar no puede consistir en la ganancia dejada de percibir, es claro que “cuando mayores sean las ganancias frustradas y la posibilidad de su existencia y probabilidad de obtención, mayor será el resarcimiento”, *art. cit.*, pág. 180.

La operación será algo parecido a esta proposición: debe merituar el juez el monto peticionado y a los conceptos que responde del anterior proceso y restarle lo que observe de exagerado o “inventado”. A su turno deberá realizar un análisis profundo para asignar a cuánto ascendían, cuantitativamente hablando, las posibilidades reales de éxito en la pretensión (o defensa). Por supuesto que ya debería de haber determinado que estaba en presencia de un daño “cierto” y no meramente hipotético o eventual, razón por la cual se supone que estas probabilidades que ahora sirven para fijar el *quantum* deben ser de cierta importancia o entidad.

Una vez realizado este procedimiento el operador jurídico no debe renunciar a ninguna de las otras particularidades que en el proceso antecedente y en el consecuente (actual) puedan existir. Por ejemplo, deberá valorar la posible insolvencia, concurso o quiebra del demandado anterior¹⁰¹⁴; las eventuales defensas que pudieren haberse opuesto en el proceso base de responsabilidad¹⁰¹⁵; acaso la concurrencia de culpas del cliente con el profesional si es que no se valoró ello en un estadio anterior¹⁰¹⁶; o la misma concurrencia de causas en el origen del perjuicio actual; el tipo de proceso que se trate; el estado legal, jurisprudencial y doctrinal de la cuestión -pretensión, recurso, defensa, etcétera- sometida a nuevo proceso¹⁰¹⁷; el grado de complejidad de la cuestión debatida; también será determinante, insistimos, ya para fijar el *quantum*, pero por sobre todo para determinar la existencia del daño, valorar el eventual proceso penal que pudo haber existido como consecuencia de los hechos que conforman el sustrato fáctico del que motiva la mala praxis ahora enjuiciada, puesto que la condena o absolución -así como el sobreseimiento- recaída en tal sede tienen indudable repercusión en la esfera civil¹⁰¹⁸; en fin, en pocas palabras, debe ponderar el grado de aleatoriedad que pueda existir en la “íntegra” prestación profesional que en estos momentos se pone en tela de juicio. Esto se llama *juicio sobre el juicio*, aplicable con toda su intensidad también a la hora de fijar el *quantum respondeatur*¹⁰¹⁹.

Por supuesto que no será, ni puede ser, idéntica cuantitativamente la condena que le corresponde a un abogado que ha dejado caducar y luego prescribir la acción en un proceso en donde se ejecuta un documento frente a un demandado de reconocida solvencia -verbigracia, una entidad bancaria o una empresa de reputación económica impecable- que reunía todos los requisitos legales, que la que se determinará a un abogado que cometiendo idéntica impericia ha dejado prescribir -caducidad mediante- una acción de daños y perjuicios sumamente dificultosa frente a un particular de dudosa solvencia. En el primer supuesto la condena bien puede ser casi idéntica a la suma peticionada en el truncado proceso -con quizás

¹⁰¹⁴ Una interesante sentencia hizo referencia a este aspecto, resolviendo que la chance de obtener un pronunciamiento favorable debe asimismo estimarse “considerando la probabilidad del efectivo cumplimiento de la sentencia, por lo que teniendo en cuenta la insolvencia del demandado en el juicio perimido y la liquidación de la citada en garantía, en ausencia de otros elementos que permitan una mejor evaluación de tales extremos, la chance examinada debe limitarse sustancialmente”, conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 18-10-2005, “Simonetti, Irene B. c/Rabazza, Leticia G.”, *D. J.*, 15/02/2006, 388, fallo compilado por PREVOT, Juan Manuel, *ob. cit.*, n° 2077, pág. 467. También se ha resuelto que es improcedente condenar a un abogado que incurrió en mala praxis a abonar una indemnización en concepto de pérdida de chance si, “pese a haberse acreditado que el actor habría obtenido una sentencia favorable, se demostró que quien fuera emplazado en dicho litigio carecía de una situación patrimonial suficiente como para hacer frente a sus obligaciones”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 21/04/2009, Kohler, Graciela y otros c. Saleme, Carlos Andrés y otros, *RCyS*, 2009-VIII, 154. Puede verse, además, DIEGUES, Jorge Alberto, “Responsabilidad del Abogado”, *RCyS*, 2009-XI, 210, caso 10.

¹⁰¹⁵ Con acierto -y siguiendo cierto precedente- se ha afirmado que al abogado demandado por su ex cliente “no le es lícito intentar restringir los efectos resarcitorios de su responsabilidad, alegando su propia torpeza en la formulación de la demanda del primer juicio, perimido o perdido”, conf. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos...*, *cit.*, n° 69, pág. 239; el fallo aludido emana de la CCiv. y Com. San Martín, Sala II, 17/10/96, *LLBA*, 1998-pág. 555.

¹⁰¹⁶ En rigor no es necesario que el cliente (ex cliente) haya incurrido en “culpa”, pues en general la responsabilidad podrá ser excluida o limitada por la incidencia “del hecho del damnificado” en la producción del daño, a no ser que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial, parafraseando al art. 1729 del nuevo Código Civil y Comercial argentino que entendemos aplicable a otros ordenamientos, salvo que dispongan otras reglas sobre el particular.

¹⁰¹⁷ En tal sentido ver el fallo emitido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 26-03-2003, “Vitale, Roberto Juan c/V., A. H.”, *La Ley*, 2003-D, 409.

¹⁰¹⁸ Remarca los efectos de la cosa juzgada penal sobre civil para estos fines, PETTIS, Christian R., “El presupuesto del daño en la mala praxis de los abogados...”, *cit.*, *La Ley*, 2001-D, 938 y s.s. También puede verse TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, “La pérdida de chances en el Derecho de Daños...”, *cit.*, pág. 64.

¹⁰¹⁹ También Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ comulga con este parecer cuando, al hablar de la cuantificación de la pérdida de triunfar en una causa judicial, manifiesta que “esa valuación deberá fundarse en las efectivas probabilidades que existían de triunfar en el litigio de que se trata”, “Frustración de ‘chances’ en la responsabilidad profesional”, en *Las responsabilidades profesionales...*, *cit.*, pág. 225.

alguna insensible reducción, al menos por este rubro-, mientras que en el segundo caso la condena al letrado por pérdida de chances debería ser notoriamente inferior al monto propuesto y sujeto a pruebas del juicio “enjuiciado”.

También debe considerarse -en aquellos países o sistemas que lo permitan- si existe entre las partes -ahora litigantes y antes contratantes- algún pacto de honorarios profesionales. Ello puesto que la existencia del mismo “implica una renuncia de un porcentaje o monto de la suma reclamada y, por ende, sería injusto que obtuviera una suma superior a la que habría conseguido, según el curso normal y ordinario de las cosas, de no haber mediado la culpa del profesional”¹⁰²⁰.

Como observamos son “*infinitas*” las situaciones posibles, cada una con su singularidad que la hace verdaderamente única y que así debe valorarse, con todas sus circunstancias gravitantes. En este sentido ha expresado TRIGO REPRESAS que “las situaciones pueden variar en razón de las particularidades de cada una de ellas, desde la mera probabilidad más o menos remota, hasta la probabilidad bastante cierta y fundada; debiendo valorarse a tal fin las constancias del proceso, la existencia de jurisprudencia y doctrina uniforme y pacífica a favor de la pretensión frustrada o en su contra, la mayor o menor novedad u originalidad de la cuestión promovida, etcétera”¹⁰²¹. También GOLDENBERG señaló -enfocando directamente al *quantum*- que no es posible establecer reglas apriorísticas para determinar cuánto vale la chance perdida, puesto que sólo un estudio retrospectivo del caso por el juez podrá determinar el grado de probabilidad que tenía la pretensión y en base a ello podrá mensurarla económicamente¹⁰²².

Es claro que *no debemos renunciar a ninguna prueba*¹⁰²³ que pueda aportarse, sea referida al proceso antecedente donde se produjo la mala práctica, ya al consecuente de responsabilidad profesional. Incluso una prueba pericial que no pudo producirse en el anterior pleito y que sea de relevancia en el nuevo, debe aceptarse. También puede tratarse de una opinión calificada referida al nuevo proceso. Al respecto se ha señalado que “En el derecho francés la doctrina refiere que son raros los casos en que la jurisprudencia se sirve de pericias para estipular el daño. Esto ocurre cuando su carácter es acentuadamente técnico”¹⁰²⁴.

Pero esta escasez de pruebas periciales en este asunto se debe, en nuestro entender, a dos factores: uno para evitar demorar más el nuevo pleito, tal como señala SIEBENEICHLER DE ANDRADE, y el otro porque el juez conoce el derecho -*iura novit curia*- y no requerirá normalmente alguna opinión experta para constatar la mala praxis *legal*, aunque seguramente en muchas ocasiones sí se valdrá de otros expertos -verbigracia médicos, contadores, etcétera- para fijar la cuantía a indemnizar¹⁰²⁵.

De hecho entendemos que si el juez, a la hora de determinar y cuantificar la probable condena que le impondrá al abogado imperito, no indagare en las profundidades del proceso frustrado -juicio sobre el juicio-, o lo hiciere en forma antojadiza dejando de lado circunstancias y pruebas relevantes, dicha sentencia configuraría un supuesto de arbitrariedad que, como tal, abriría las puertas extraordinarias y ‘salvadoras’ de la casación, a nivel local y del recurso extraordinario federal, a nivel nacional -Ley 48, arts. 14 y 15-, en el Derecho argentino¹⁰²⁶.

¹⁰²⁰ COMPIANI, María Fabiana y STIGLITZ, Rubén S., “De algunas responsabilidades profesionales...”, *cit.*, RCyS, 2007, págs. 205 y s.s. En esta postura también se expidió las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (Mar del Plata, diciembre de 1992), conclusión V.

¹⁰²¹ En *Responsabilidad civil del abogado*, 1ª reimpression de la 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pág. 177. Algo parecido también afirmó este autor en *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, n° 69 y s.s., pág. 238.

¹⁰²² Ver GOLDENBERG, Isidoro H., *Indemnización por daños y perjuicios...*, *cit.*, págs. 225 y s.s.

¹⁰²³ Con semejante parecer se ha dicho que “en algunos casos será posible ofrecer y producir la prueba omitida en el nuevo proceso seguido por mala praxis del profesional interviniente, ya que, en definitiva, ese será el único modo de poder evaluar con cierto grado de razonabilidad la chance que habría de que por su intermedio se revirtiera el resultado desfavorable consagrado en la sentencia”, conf. PETTIS, Christian R., “El presupuesto del daño...”, *cit.*, *La Ley*, 2001-D, 938 y s.s.

¹⁰²⁴ SIEBENEICHLER DE ANDRADE, Fabio, “La responsabilidad civil de los abogados: la culpa y causas de exclusión”, en *Los nuevos daños...*, *cit.*, pág. 393.

¹⁰²⁵ En igual sentido, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, pág. 716; PEYRANO, Jorge W., “Mala praxis abogadil y prueba pericial”, *J.A.*, 1991-II, pág. 917.

¹⁰²⁶ Acertadamente se ha resuelto que “Para fijar el *quantum* de la chance de éxito en un proceso judicial, debe valorarse la probabilidad mayor o menor que tenía la pretensión de prosperar. Considerar a tal fin únicamente

Como observamos *la única forma de hacer justicia es indagar en las profundidades del proceso que ha dado origen al reclamo de mala praxis*¹⁰²⁷. No tengan temor los magistrados en aplicar un *“juicio a los fines del nuevo juicio”*¹⁰²⁸.

Dicho procedimiento debe aplicarse, reiteramos, tanto para determinar -en un primer estadio- si realmente existía una probabilidad fundada de ganar el juicio, o de no perderlo, cuanto para valorar -ya en una etapa ulterior- a cuánto ascendían estas chances malogradas por el actuar imperito del letrado¹⁰²⁹ -fijando una indemnización proporcional a las perspectivas de éxito, o probabilidades reales de triunfo-¹⁰³⁰. Lógicamente si del primer análisis resulta que la chance vulnerada era vaga o hipotética, no corresponderá determinar la responsabilidad del abogado, al menos por este ítem, más allá de demostrarse su actuar imperito.

2.6. Requisitos para que la chance sea resarcible.

Siguiendo con el desarrollo de este instituto, y dotándolo de cierto orden, vamos a intentar enumerar los requisitos que serían necesarios constatar para que la pérdida de chance alegada por el ex cliente resulte, en definitiva, resarcible, más allá de demostrarse la impericia

los montos condenados y graduaciones de culpabilidad fijados en otras causas, *sin valorar las posibilidades de éxito del caso concreto, constituye un mecanismo que torna descalificable por arbitrariedad el pronunciamiento*. La indemnización por pérdida de chance no se identifica con la posible utilidad dejada de percibir sino que lo resarcible es la chance misma, debiendo ésta ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, no pudiendo identificarse nunca con el eventual beneficio perdido”, conf. Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Sala Civil y Comercial, 06-06-1991, “C. de B., Y. I. c/Y., E. s/Sumario por daños y perjuicios”, fallo que puede consultarse en PITA, Enrique Máximo y RAMÍREZ AMABLE, Valentina, “Las chances. Provincia de Entre Ríos”, *cit.*, págs. 489 *in fine* y 490. La cursiva es nuestra.

¹⁰²⁷ Con este criterio se resolvió que si un juicio se pierde por ser el abogado declarado negligente, es evidente que su mandante ha perdido una chance que el culpable debe indemnizar, “y para ello habrá que proponer en la demanda contra el profesional una versión de aquel juicio perdido, demostrando que sin la negligencia del abogado el juicio se habría ganado y de tal forma la existencia del daño”, Cámara Iera. Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala I, 17/09/1996, “Guzmán Marti, Armando y otra c. Efrón, José y otro”, fallo reseñado por CASTIGLIONE, Rafael Alberto, “Enfoque sobre la mala práctica profesional de los abogados”, *La Ley NOA*, 2007 (junio), págs. 571 y s.s.

¹⁰²⁸ MULLERAT BALMAÑA, Ramón M., “Responsabilidad civil del Abogado”, en *La Toga -Dossier- Colegio de Abogados de Sevilla*, abril de 2002, pág. 14, ha dicho al respecto que ello constituye un verdadero “procedimiento dentro del procedimiento”. Es interesante ver el análisis que realiza el autor citado referido a la postura del Tribunal Supremo de España, en el tema de la cuantía de la indemnización debida por el abogado imperito a su ex cliente perjudicado. En este sentido, la jurisprudencia recurre a dos posturas: la *resarcitoria*, que consiste en reintegrar íntegramente el objeto de la pretensión ejercitada y la *reparadora*, que se aleja del módulo de la equivalencia y condena al letrado a un daño emergente -abono de los gastos-, o bien a la reparación del daño moral por encontrarse el cliente privado de una tutela judicial efectiva. Por supuesto que este autor critica las dos posturas mencionadas para concluir con este análisis casuístico que implica el *juicio sobre el juicio*, o “procedimiento dentro del procedimiento”. Puede verse con provecho, además, el examen jurisprudencial que realiza MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis, “Responsabilidad civil profesional del abogado”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Juan Antonio Moreno Martínez (Coordinador), Dykinson, Madrid, 2000, págs. 345 y s.s. Allí nos transcribe las sentencias “resarcitorias” y “reparadoras”, tal como resaltamos. Ver también CASADO DÍAZ, Susana, “Jurisprudencia relativa a la responsabilidad civil de los Abogados (1996-1998)”, *Aranzadi Civil*, 1999, vol. II, Tomo VIII, págs. 1777 y s.s.

¹⁰²⁹ Existen autores que proponen que el daño a indemnizar por el letrado se valore discrecionalmente entre un porcentaje que oscile entre un diez y un veinte por ciento del importe reclamado, tal como estima PERÁN ORTEGA, citado por CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado...*, *cit.*, pág. 397, nota 397. Incluso la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa del 12 de septiembre de 2004 (AC 1994, 1905), entendió que la condena al abogado debe coincidir “aproximadamente con el doble de la minuta que en su caso hubiera correspondido a un abogado en un supuesto similar”. Estos pareceres, apriorísticos y arbitrarios, desconocen la rica realidad que puede presentarse en los hechos. Por ello los descartamos de plano en nuestro enfoque del asunto.

¹⁰³⁰ En esta misma senda se ha resuelto que “Frente a la anuente responsabilidad del abogado que dejó perimir la instancia y habiendo prescripto la acción resarcitoria, es inadmisibles la tesitura de pretender una reparación pecuniaria igual al beneficio económico que hubiera tenido la actora a título de damnificada. Sólo puede aspirar a resarcirse *según la mayor o menor probabilidad* de que el daño o la pérdida no se hubieran producido. En tal caso, deben examinarse las *perspectivas de éxito -ciertas o no-* del pleito perimido y en su caso, acordarse una *indemnización proporcional a la estimada probabilidad de triunfo*”, Cám. Civ. y Com. de Concordia, Entre Ríos, sala I, 22-04-2003, “Cía. de Negocios Agropecuarios S.A. c/M. L., A. A., s/Sumario”, fallo que puede verse en PITA, Enrique Máximo y RAMÍREZ AMABLE, Valentina, “Las chances. Provincia de Entre Ríos”, *cit.*, pág. 488. La cursiva es nuestra.

"
del profesional en la emergencia¹⁰³¹. Pues, para que proceda este peculiar perjuicio será menester:

I) Que la pérdida de la oportunidad o chance tenga cierto *rasgo de definitividad*, o sea que no sea posible volver a intentarse la acción si del ámbito judicial estamos tratando¹⁰³². Tal dato es muy práctico resaltar, puesto que si se comprueba en el caso la responsabilidad civil del letrado, pero no la imposibilidad de volver a intentar nuevamente la acción -por ejemplo si no se encuentra prescripta¹⁰³³, o no le alcancen los efectos de la cosa juzgada en cuestión-, no corresponderá responsabilizar al abogado por este rubro, más allá de demostrarse, insistimos, su conducta culpable y no obstante poder responder de otros ítems -vg. gastos y costas procesales, perjuicios derivados de la situación de “morosidad” generada por el letrado¹⁰³⁴, etc.-.

II) También será necesario constatar que en el caso concreto el cliente estaba ubicado frente a una “chance” propiamente dicha. Es decir que llegó a emplazarse ante una *situación fáctica y jurídica idónea* para hacerse de la ganancia o evitar la pérdida¹⁰³⁵, lo que no sucederá, por ejemplo, “cuando la acción hubiera prescrito antes de contratar los servicios del letrado”¹⁰³⁶.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina determinó que “aun cuando la chance es indemnizable, la reparación debe cubrir un interés actual del reclamante, que no existe cuando quien se pretende damnificado no llegó a emplazarse en la *situación idónea* para hacer la ganancia o evitar la pérdida”¹⁰³⁷.

¹⁰³¹ En la doctrina argentina muchos juristas se han ocupado de tales requisitos, recaudos necesarios para que proceda la indemnización por pérdida de chances. Por ejemplo, los estimados profesores Márquez y López Mesa, entre tantos. El primero menciona los siguientes requisitos: a) primero que debe existir una oportunidad probable y futura de obtener una ganancia o de evitar un perjuicio conjeturable; b) dicha oportunidad debe tener una probabilidad suficiente de producción; c) el resultado de la oportunidad debe ser incierto al momento del evento dañoso; d) un hecho ajeno a la situación frustra dicha oportunidad; e) finalmente, la víctima debe estar al momento del evento dañoso en una situación idónea para aspirar a la obtención de las ventajas que proporciona dicha oportunidad frustrada. Por su parte López Mesa propone los siguientes requisitos: a) que exista antijuridicidad en la actuación del dañador; b) legitimidad del derecho o ventaja cuya concreción se interfiere; c) existencia de relación de causalidad adecuada entre la frustración de la chance y la actuación del dañador; d) el balance de probabilidades a favor y en contra del perjudicado debe arrojar un saldo favorable que demuestre que estadísticamente o según el curso normal y ordinario de las cosas era probable que hubiera obtenido ese beneficio, de no haber mediado la actuación del demandado; e) posibilidad de cuantificación de dicha chance frustrada. Ver: MÁRQUEZ, José Fernando, “Valoración y cuantificación de la pérdida de chances”, publicado en *RCyS 2009-I-41*; LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Responsabilidad civil médica y pérdida de chance de curación”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 23.

¹⁰³² En tal sentido se ha resuelto que “A fin de establecer el monto por pérdida de la chance conviene distinguir si es o no factible volver a iniciar la causa”, conf. Cám. 1era. CCMín. de Mendoza, 11-12-1998, “Kim Gik Hyun c/F. J. E., s/Ord.”, fallo que puede verse en GIANELLA, Horacio Carlos, “Las chances. Provincia de Mendoza”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances, cit.*, pág. 432. También resalta este requisito, en el Derecho español, CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado..., cit.*, págs. 368 y s.s.

¹⁰³³ Así, se ha resuelto que para demostrarse la pérdida de chances “debe probarse la imposibilidad de intentar nuevamente la acción, lo cual en principio es factible si aquella no se encuentra prescripta, ya que si la litis - como en el supuesto- se ‘pierde’ por caducidad de la instancia puede volver a intentarse”, conf. Cám. 2da. Civil y Comercial, de la Plata, sala III, 16/03/2006, “Núñez, Nélida Edith y otro c. Hernández Bustamante, Eduardo Miguel s/Daños y perjuicios”, publicado en MEDINA, Graciela y GARCÍA SANTAS, Carlos “Las chances. Provincia de Buenos Aires”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances, cit.*, pág. 318.

¹⁰³⁴ En una nota anterior, al tratar sobre la posible responsabilidad derivada de la situación de morosidad incurrida por el letrado imperito, citamos la sentencia de Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 11ª, que se pronunció sobre el daño “moratorio” (que en la especie configuró un daño moral por el cual respondió el abogado negligente) en la sentencia de fecha 4 de diciembre de 2014, determinando que “se puede afirmar que esa actuación negligente lo que causó fue una demora en la obtención de la pensión (porque el posible derecho a ella no había decaído) y, por esa demora, una situación de agobio, ansiedad e incomodidad en la demandante que se vio sin el apoyo económico con la marcha de la casa de su esposo. La negligencia del letrado demoró la expectativa de obtener la pensión, que la demandante consiguió en cuanto cambió de letrado y obtuvo, además, el consentimiento o acuerdo de su esposo. Esto especifica que la pérdida de la oportunidad no fue absoluta y definitiva, sino relativa y temporal...”.

¹⁰³⁵ C1ª CCom. de Mar del Plata, sala II, 06/02/2003, “Sendra, Roberto Esteban c. Crespo, Raúl Francisco s/Daños y perjuicios”, publicado en MEDINA, Graciela y GARCÍA SANTAS, Carlos “Las chances. Provincia de Buenos Aires”, *cit.*, págs. 318 *in fine* y 319.

¹⁰³⁶ Conf. CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado..., cit.*, pág. 370.

¹⁰³⁷ CSJN, 8-3-94, “Rodríguez Santorum, Claudio c/Tap Air Portugal”, *La Ley on line*; también publicado en PITA, Enrique Máximo, “La indemnización del lucro cesante y de la pérdida de chance. Delimitación del daño resarcible”, en *Revista de Derecho de Daños, 2015-2. Unificación de la responsabilidad contractual y*

También este requisito es muy tenido en consideración en la reciente jurisprudencia española. *Ad exemplum*, el Tribunal Supremo en la sentencia de fecha 31 de marzo de 2010, determinó que: “La responsabilidad por pérdida de oportunidades, cuando los criterios de imputación autorizan a estimarla, exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (STS de 27 de julio de 2006)”¹⁰³⁸.

Este requisito es elemental y en ello prácticamente estuvimos centrando nuestro análisis anterior.

III) Otro requisito que salta a la vista acorde a lo que venimos sosteniendo es que es necesario que exista un *nexo causal adecuado* que ligue el hecho imputado con la pérdida de la oportunidad o chance. Remarcamos que en esta particular relación de causalidad *los extremos que debemos relacionar son la conducta imperita del letrado con la pérdida de la oportunidad (probable) de ganar un pleito o evitar perderlo*, y no con la privación de la pretensión, recurso, defensa u otro quehacer profesional (daño final o absoluto)¹⁰³⁹. Ello ya lo denunciaba claramente Chabas y lo resalta la mayoría de la doctrina autoral y judicial¹⁰⁴⁰.

Es decir que como primera medida es necesario constatar en la especie que los daños que alega el ex cliente haber padecido estén conectados “causalmente” con la conducta imperita del abogado (causalidad física); y luego determinar que entre ambos extremos -impericia y pérdida de chance- exista una “relación adecuada de causalidad”; o para el Derecho español principalmente, sean “imputables objetivamente” a la conducta del letrado (causalidad jurídica). Además, conforme al ordenamiento citado, será menester que el daño causado por el profesional del Derecho sea un daño “previsto” o que se haya podido prever al tiempo de constituirse la obligación -conforme lo exige el art. 1107 del Código Civil español¹⁰⁴¹-.

extracontractual, cit., pág. 200. Reiteró ese criterio el mismo Tribunal casi una década después resolviendo que “la indemnización de la ‘pérdida de chance’ debe reparar un interés actual del interesado, que no existe cuando quien se pretende damnificado *no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida*”, CSJN, 20-3-2003, “Mochi, Ermanno y otro c. Buenos Aires, Provincia de”, s/daños y perjuicios, M.424.XXXIII, Fallos: 326:847. La cursiva es nuestra.

¹⁰³⁸ Además de esta sentencia (que en puridad son dos), también puede verse igual parecer en estas otras resoluciones del Tribunal Supremo, a saber: STS del 26 de febrero de 2007 y del 27 de mayo de 2010. De las Audiencias Provinciales, merece citarse la siguiente: A. P. de Pontevedra, Sec. 1ª, del 20-11-2013. Ver: LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *Selección de Jurisprudencia...*, cit., págs. 29, 30, 72, 86 y 94, respectivamente.

¹⁰³⁹ En contra, como ya tomamos debida nota, MEDINA ALCOZ, Luis, *ob. cit.*, y PITA, Enrique Máximo, “La indemnización del lucro cesante y de la pérdida de chance. Delimitación del daño resarcible”, en *Revista de Derecho de Daños, 2015-2. Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual*, cit., págs. 189 y s.s.

¹⁰⁴⁰ En tal sentido, se ha señalado que para desentrañar los daños “causales” derivados de la pasividad culpable del letrado apoderado, “*es necesario la presencia del nexo causal que ligue el hecho imputado con la pérdida de la oportunidad*. Y en el discernimiento de la cuestión, resulta insoslayable el análisis de la posibilidad del litigante de ganar el pleito cuya caducidad se dispusiera, lo que hace necesario un estudio circunstanciado del caso, esto es un examen razonado de las posibilidades del damnificado de obtener la ganancia. Ello implica casi como aportar una nueva versión de aquel juicio perimido, demostrando al juez que, sin la negligencia, el mismo se habría ganado o al menos exhibía una gran posibilidad o chance de ganarse”, conf. Cám. Civil y Comercial de San Martín, sala II, 15/03/2005, “Decaro, Pascual c. Gluzman, Roberto Simón y otro, s/Daños y perjuicios”, fallo recopilado por MEDINA, Graciela y GARCÍA SANTAS, Carlos “Las chances. Provincia de Buenos Aires”, cit., págs. 321 *in fine* y 322. La cursiva es nuestra. Es evidente que el fallo citado ahonda en otros requisitos necesarios para la prosperabilidad de la pérdida de chances, pues en puridad todos ellos se conectan -o debieran conectarse- en perfecta armonía.

¹⁰⁴¹ Ya señalamos que existe en la actualidad la propuesta de modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos. Y en este tema establece al respecto que “El deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento; pero si éste no hubiera sido doloso, sólo responderá de los daños que se hubieren previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato”, conforme lo determina el art. 1208. Además también citamos cómo se regula esta cuestión en la Propuesta de Código Civil, realizada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Acaso aquí sea conveniente mencionar que en la mentada Propuesta, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual determina en el art. 5192-1 los “daños resarcibles”; en el 5192-2 la “prueba del daño”; y en el 5192-3 la “integridad de la reparación”. Ahora bien, pasando al régimen contractual, que nos resulta más relevante en esta tesis, determina en el art. 518-21, que la indemnización comprende el valor de la pérdida sufrida por el acreedor y la ganancia que haya dejado de obtener. Como se observa, no se menciona a la pérdida de chance como rubro autónomo a no ser que la misma quede comprendida en el concepto que brinda de lucro cesante, pues esa misma norma continúa diciendo que “Para la estimación del lucro cesante se atiende a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias”. Podemos concluir que si bien no menciona en forma expresa al rubro “pérdida de

También para el Derecho argentino, y teniendo presente su nuevo Código, este tipo especial de perjuicio debe tratarse de una consecuencia “que las partes previeron o pudieron haber previsto” al momento de la celebración del contrato (art. 1728 C.C.C.). Es claro, en este sentido, que el daño que tratamos -pérdida de “chance”- es un perjuicio que fácilmente el letrado debe ponderar (o al menos “debiera” ponderar) al tiempo de relacionarse con su cliente. Ergo: deberá responder del mismo, para lo cual ni siquiera es menester acudir a la doctrina emanada del art. 1725 del Código Civil y Comercial.

Además, no debemos olvidar el agravante en caso de actuaciones dolosas (o realizadas con culpa grave), situación que incluso prohíbe a los jueces poder practicar alguna atenuación a la hora de fijar la indemnización debida por el letrado (conf. arts. 1728 *in fine* y 1742 del nuevo Código argentino, entre otros tantos ordenamientos que consagran reglas similares).

Insistimos, como puede observarse, en estos casos especiales la “causalidad” no sufre mayores alteraciones o problemas que los suscitados en cualquier otro ámbito de responsabilidad civil¹⁰⁴². *En nuestro campo en particular no existe una renuncia a la causalidad; como tampoco presenciamos alguna inversión del régimen general de prueba de la causalidad, o presunción, o relajamiento de la prueba de la misma*. Debemos reiterar que “El nexo de causalidad debe ser establecido entre el hecho o la omisión del letrado y la pérdida de la oportunidad de que la pretensión litigiosa sea estimada; no entre ese hecho o esa omisión y el daño o perjuicio final -la no estimación- que no ha podido ser evitado. En definitiva, el curso causal no se ha de establecer respecto del resultado que no se sabe si se habría producido, sino respecto del hecho de haber perdido la oportunidad de obtenerlo”¹⁰⁴³.

IV) Sin dudas, como lo remarcamos más de una vez, que debe tratarse de una chance, en primer término, *real o cierta*; pero además dicha esperanza ha de ser *seria, fundada, razonable, de entidad o de considerable consistencia*. Sólo de esta forma podremos válidamente afirmar que estamos en presencia de un *daño cierto*, otro de los requisitos ineludibles del deber de reparar. Ya tratamos este tema, pero aún debemos hacer algunas acotaciones.

Primero, debemos insistir en que para poder hacer responsable al letrado por este rubro es necesario que el ex cliente efectivamente haya tenido una oportunidad *real* de ganar

chance”, bien puede “colarse” el mismo bajo el ropaje del lucro cesante. Es claro que esa no es la postura defendida en esta tesis. Ver: *Propuesta de Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Tecnos, Madrid, 2018.

¹⁰⁴² En contra, MEDINA ALCOZ, quien entiende que la doctrina de la pérdida de chance conmueve los principios elementales en materia de causalidad -sobre todo a nivel de la causalidad física- constituyendo en definitiva una manifestación (junto con la teoría de la causa anónima) “de una nueva teoría general de la causalidad que ha dejado de basarse ya, siempre y en todo caso, en el principio de la indivisibilidad causal. Tal teoría puede ser en alguna medida la de la causalidad probabilística”, en *La teoría de la pérdida de oportunidad...ob. cit.*, pág. 411. En este orden de ideas continúa afirmando que “la regla de la responsabilidad probabilística contenida en la doctrina de la *chance* constituye un sistema alternativo de imputación que, en hipótesis de incertidumbre causal estricta, afirma causalidades parciales o probabilísticas para reconocer indemnizaciones que computan la posibilidad de que el agente dañoso no fuera autor material del menoscabo”... “Se considera así que, de la misma manera que la causalidad perfectamente demostrada genera una responsabilidad total (*total liability*) por el daño causado, la simplemente posible puede generar una responsabilidad parcial (*partial liability*) por la posibilidad del daño causado. De ese modo, en lugar de acudir a ficciones o estratagemas jurídicas, [según este autor la teoría ontológica recurre a ficciones...] se reconoce explícitamente que la teoría de la *chance* establece una regla de responsabilidad proporcional (*proportional liability rule*) en virtud de la cual el agente dañoso indemniza, no por el daño que ha causado, sino, simplemente, por el daño que posiblemente causó. Se trata, en definitiva, de una redefinición del concepto clásico de causalidad que da entrada a las ideas de ‘causalidad sospechada’ (*causalità sospettata*), ‘causalidad probabilística’ (*causalità probabilística*)... ligadas a las de ‘reparación proporcional’ (*proportional damages*) o ‘responsabilidad parcial’ (*responsabilité partielle*)”, *ob. cit.*, págs. 413 y 415, respectivamente. Lo señalado entre corchetes nos pertenece. Ya resaltamos nuestras diferencias con el pensamiento reseñado. Es que no podemos hablar de responsabilidad “parcial o proporcional” si lo que pretendemos es indemnizar “íntegramente” la chance aniquilada, frustrada. Tampoco es válido reparar daños eventuales o meramente posibles. Toda esta mutación de los principios básicos del sistema reparador civil (y no sólo de la causalidad) se debe al simple hecho de no determinar correctamente a los extremos que debemos vincular, en especial el “daño”. El análisis causal debe hacerse, reiteramos, desde el daño (la pérdida de chance) hacia su hecho generador (la conducta del letrado en nuestro caso). Al equivocar los puntos relacionados, particularmente el daño, trayendo a colación al perjuicio final o absoluto (la pérdida de la ventaja, daño incierto, posible, eventual, etc.), yerra todo su enfoque y tiñe de confusiones a sus posteriores conclusiones.

¹⁰⁴³ Conf. CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado...*, *cit.*, pág. 380.

el proceso o evitar perderlo -si del caso se tratare-, oportunidad que el profesional la ha aniquilado definitivamente. Es decir que no progresará la indemnización por este ítem si se puede probar, *a priori* o *posteriori*, que la pretensión frustrada tenía “nulas” posibilidades de triunfar (o resistir la demanda entablada, modificar el decisorio, etc.). Ello más allá de poder resultar el letrado condenado por otros rubros -vg. gastos y costas procesales, tal vez daño moral, etc.-.

En todo caso lo que generó el profesional del Derecho en estos supuestos de posibilidades inexistentes de triunfo, es adelantar un resultado seguro que ocurriría, en el mejor de los casos, tiempo después. Se podría hasta sostener que ha evitado mayores gastos a su ex cliente, pero como la impericia profesional ha quedado desenmascarada, podría responder de otros rubros, como se dijo. Pero no de pérdida de chance si se demuestra, insistimos, que no había chance alguna¹⁰⁴⁴.

Ahora bien, una vez demostrada la existencia de la chance “real”, queda por averiguar si dicha posibilidad ha de ser de cierta “*entidad, consistencia, seriedad, razonabilidad*”, etcétera, para ser resarcida. Pues para una corriente doctrinaria basta con que estemos en presencia de una chance *real* para que progrese la indemnización a favor del cliente damnificado por tal concepto. Desde este enfoque, la seriedad, entidad, o “alta probabilidad” de la chance sólo tendrá su repercusión respecto del monto del daño por el cual deberá responder el letrado imperito, pero no para la *configuración* de este tipo especial de perjuicio. Es decir que admiten la resarcibilidad de las pérdidas de chances “*escasas*”¹⁰⁴⁵.

Otro sentir demanda, para la resarcibilidad de la pérdida de chances, que nos encontremos frente a casos en los cuales se pueda concretamente hablar de posibilidades *efectivas, serias, probables, fundadas, razonables, de cierta entidad o consistencia*, etcétera. Así, por ejemplo, en la doctrina italiana se pregona que las chances deben ser *serias y efectivas*. En la francesa, igualmente, se requiere en general que se esté ante la presencia de una chance, amén de *réelle, sérieuse, raisonnable*.

En este punto nos encontramos con un problema importante cuya solución vislumbramos hartamente difícil. En efecto, *¿cuál es -o será- el umbral que permita discernir si estamos en presencia de una chance seria, razonable, de entidad?* Sin dudas se tendrá que hacer ese cálculo de probabilidades del cual ya tomamos razón. Entonces, amén de las imperfecciones propias de nuestra “ciencia”: *¿será que estaremos en presencia de una chance seria cuando se pueda afirmar que el ex cliente tenía un 50 % o más de posibilidades reales de ganar el pleito o evitar perderlo? ¿Será suficiente con acreditar tan sólo un 10 o 20 % de posibilidades de éxito? ¿O exigiremos un coeficiente de chances de un 80 o 90 % que ya raya con la certeza de la pérdida de la pretensión?* Pues hay soluciones o respuestas para todos los gustos.

Por ejemplo, SERRA RODRÍGUEZ, en el Derecho español, exige un coeficiente de éxito mínimo del 50 % para que se pueda responder en concepto de pérdida de chance.

Por su parte PITA también nos pasa revista de este problema, aunque su enfoque es algo distinto del que sostenemos en el texto. No obstante, dicho autor, siguiendo a MEDINA ALCOZ, estima que el umbral de certeza requerido, queda acotado entre dos extremos, uno negativo y otro positivo. El primero constituido por la “nula probabilidad”, que comporta una mera posibilidad; y el segundo por una “alta probabilidad”, que se convierte en razonable certeza. De esta forma entienden que pueden existir tres supuestos posibles, a saber: a) cuando la probabilidad es nula o insignificante, caso en el cual la víctima no tendrá derecho al resarcimiento porque no puede comprobarse el nexo de causalidad ni se está en presencia

¹⁰⁴⁴ En igual sentido, CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado... cit.*, pág. 375.

¹⁰⁴⁵ Con esta tesitura, CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado..., cit.*, págs. 377 y s.s. Dicha autora expresa que para que la pérdida de la oportunidad procesal (chances para nosotros) sea indemnizable, es necesario que exista efectivamente una oportunidad, es decir que la pretensión frustrada no fuera claramente improsperable. Demostrado ello, “la pérdida de la oportunidad será indemnizable con independencia del porcentaje de prosperabilidad de la pretensión; bastará con que esta última reúna un mínimo de seriedad o razonabilidad... las escasas probabilidades... o la débil fundamentación jurídica de la pretensión frustrada no repercuten en la certeza del daño, sino en la cuantía de la indemnización que ha de recibir el cliente”, *ob. cit.*, pág. 378. Por cierto que su opinión es un tanto confusa, pues en su obra de tesis más adelante cita un trabajo de su autoría en donde exigía que exista “seriedad” en la chance perdida. Así que no sabemos si en rigor pide que exista “seriedad”, o se conforma con tan solo un mínimo de seriedad.

de un supuesto de “estricta incertidumbre”; b) cuando la probabilidad es alta o suficiente, la víctima tendrá derecho a una reparación total porque puede constatarse el nexo causal (para ellos aquí no se está ante una pérdida de chance); y finalmente, c) cuando la probabilidad no es insignificante ni tampoco alta, pero es seria y real, según esta postura es insuficiente para tener por acreditado el nexo causal y la víctima tendrá derecho a una reparación “parcial” en razón de la chance sacrificada. Pues entienden que ese umbral intermedio (la tercera posibilidad) constituye la chance que se sitúa entre un 15 y un 80 % de probabilidad de obtención del beneficio pretendido o evitación de un perjuicio futuro. Allí se estaría en presencia de una verdadera chance, según esta “concepción probabilística”¹⁰⁴⁶ que no compartimos por todos los motivos ya expresados en la presente tesis.

Por su parte la doctrina italiana parece no exigir ese coeficiente y la francesa lo sitúa también en el antedicho punto medio (50%). En la argentina no se habla, prácticamente, de porcentajes.

Finalmente, por nuestra parte ya señalamos que no es posible exigir a los magistrados practicar una tarea mecánica o matemática, lo cual será hartamente difícil de determinar en la mayoría de las situaciones de la vida real. Por ello exigimos, para que este daño resulte resarcible, que se presenten los requisitos que pasamos revista, en particular que la chance, definitivamente frustrada, “exista” y sea de cierta entidad, seriedad, razonabilidad o consistencia. Lógicamente es menester que el damnificado haya estado emplazado en una situación idónea para acceder a la misma y exista relación de causalidad “adecuada” entre dicha chance malograda por el actuar imperito del letrado con la chance que se pretende indemnizar. Ello dicho en resumidas palabras.

2.7. Pérdida de chances productivas y afectivas.

En otro orden de cosas, se diferencia en doctrina *la pérdida de chance productiva de la afectiva*. “Con la noción de *chance productiva* aludimos a la hipótesis en que el beneficio esperado y que habría oportunidad de alcanzar era de índole material o económica, en sentido amplio”¹⁰⁴⁷.

Por el contrario, cuando hablamos de *chances afectivas* hacemos referencia a que las ventajas esperadas que el accionar antijurídico ha hecho desaparecer eran de cuestiones que atañen al bienestar e integridad espirituales¹⁰⁴⁸. Ejemplo de esta última constituye la posibilidad de prolongar el tiempo de vida -pérdida de chance de supervivencia- que se pierde por culpa del médico que diagnostica errónea o tardíamente la enfermedad¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁶ Textualmente se expresó que “nos parece adecuado al rubro indemnizatorio bajo análisis -la pérdida de chance- proponer márgenes mínimos y máximos de probabilidad de obtención del beneficio pretendido o de evitación de un perjuicio futuro. En esa línea se ha sostenido que la pérdida de oportunidades se sitúa entre dos extremos: por un lado el *umbral de seriedad* de la chance, ubicado en la probabilidad nula o irrelevante, que puede cifrarse en un 15 %, del otro el *umbral de certeza* de la causalidad, situado en la alta probabilidad y que se identifica con el 80 %. Por ello, los casos de oportunidad genérica, inespecífica o simple (inferior al 15 %), carecen de relevancia jurídica pues el nivel de probabilidades hallado es ínfimo o nulo. En el otro extremo, cuando se está ante una probabilidad superespecífica o perfecta (superior al 80 %) no hay incertidumbre causal y se configura derechamente la privación de un beneficio esperado. Los casos de pérdida de oportunidad específica o cualificada (entre el 15 y el 80 %) conforman el concepto técnico de oportunidad perdida, es decir una verdadera chance que expresa unas probabilidades considerables, pero insuficientes a los fines de la afirmación del nexo causal”, conf. PITA, Enrique Máximo, “La indemnización del lucro cesante y de la pérdida de chance. Delimitación del daño resarcible”, en *Revista de Derecho de Daños, 2015-2. Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual*, cit., pág. 208. Es claro que este mismo jurista aclara que esa cuantificación porcentual es en alguna medida “arbitraria”, y que no se dan razones jurídicas para denegar una chance del 14 % o, inversamente, no mutar la indemnización a lucro cesante cuando el umbral de seriedad es del 79 %. Por nuestra parte es claro que no compartimos estas afirmaciones puesto que parten de premisas equivocadas, sobre todo porque no se hace la verdadera distinción entre los extremos que debemos relacionar para no renunciar jamás a la causalidad, elemento infaltable en el sistema responsabilizador civil. Ya dijimos bastante al respecto cuando criticamos, humildemente, lo sostenido por Medica Alcoz, a quien sigue este destacado autor argentino.

¹⁰⁴⁷ Conf. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños, vol. 2 a...*, ob. cit., pág. 378. La cursiva es nuestra.

¹⁰⁴⁸ ZAVALA DE GONZÁLEZ nos proporciona el ejemplo de pérdida de chance matrimonial, la de mantener relaciones afectivas con el sexo opuesto, la de desenvolver vínculos de amistad y la de paternidad. Ver: *Resarcimiento de daños, vol. 2 a.*, ob. cit., pág. 382.

¹⁰⁴⁹ Conf. MAYO, Jorge A., “La pérdida de chance como daño patrimonial. La frustración como daño cierto”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances*, cit., pág. 164.

Normalmente cuando se caracteriza o conceptualiza a la pérdida de chances sin aditamento alguno se está refiriendo a la privación de posibilidades productivas, su “especie” más conocida en el mundo jurídico. De hecho, prácticamente todo lo que escribimos recién estábamos haciéndolo pensando en ellas.

En las chances afectivas -para tratar someramente sobre ésta- “se mutilan perspectivas existenciales de la víctima que ostentan cierto grado de probabilidad... (es decir que) se perciben estas chances espirituales cuando los beneficios probables malogrados atañen al equilibrio, integridad o bienestar intrínsecos; al margen de aspiraciones económicas y aunque a veces mantenga algún lazo con éstas”¹⁰⁵⁰.

Es claro que *tales chances espirituales o afectivas no se confunden -ni se funden- con el concepto de daño moral*, puesto que sólo se ha privado a un sujeto de una posibilidad o esperanza y no de un beneficio existencial concreto. Al igual que las chances productivas, jamás se sabrá si este beneficio se habría conseguido, de allí que la indemnización que corresponde por este rubro sea menor que el que correspondería al agravio moral inferido¹⁰⁵¹ -ello dicho con las reservas propias que representan tales rubros indemnizables-.

En este aspecto, estimamos que *lo que debe indemnizar el abogado que resulta vencido en el juicio de mala praxis es la desaparición de las chances “productivas” que estaban en cabeza de su ex cliente*. Al respecto lo tiene dicho la jurisprudencia que “La chance implica una probabilidad suficiente de beneficio económico futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto y que se ve frustrada por el responsable, convirtiéndose así en un daño actual resarcible. Privar de esta esperanza al sujeto conlleva daño”¹⁰⁵².

Como observamos lo ponderado clásicamente fue siempre teniendo presente el carácter económico -o al menos la posibilidad de cuantificarlo económicamente- del beneficio o ventaja frustrados. Por ello también se sentenció que “Corresponde admitir el resarcimiento por la pérdida de chance o probabilidad de una ganancia”¹⁰⁵³.

Los anteriores son sólo un par de pronunciamientos de tribunales argentinos de hace unas décadas, algo aislados en aquella época, sobre una materia un tanto desconocida entonces. Es claro que en la actualidad encontramos en cualquier repertorio casos en donde determinan indemnizaciones por frustración de “chances”, sobre todo de las productivas.

Con lo afirmado es evidente que participamos de la “teoría ontológica de signo patrimonial”¹⁰⁵⁴. No son pocos los autores que comparten tal parecer¹⁰⁵⁵. Sin embargo, existe otra corriente que también afirma el carácter “ontológico” del daño pérdida de chances, pero atribuyen su naturaleza “moral”.

Además, existe una postura intermedia que predica que el carácter moral o patrimonial del daño denominado pérdida de chances *dependerá de la naturaleza de la pretensión malograda por el letrado*. Así, con dicho parecer se dijo que “las pérdidas de

¹⁰⁵⁰ Conf. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde y GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., “Chances afectivas”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances, cit.*, pág. 143.

¹⁰⁵¹ Conf. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde y GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., “Chances afectivas”, *cit.*, pág. 144.

¹⁰⁵² CN Com., sala A, 14-11-85, publicado en *Jurisprudencia Argentina, 1986-II-642*.

¹⁰⁵³ CNEsp. Civ. y Com., sala 1ª, 22-3-85, publicado en *El Derecho, 117-479, S-193*.

¹⁰⁵⁴ En la interesante obra de MEDINA ALCOZ al tratar sobre el “fundamento” de la doctrina de la pérdida de la oportunidad o chance nos refiere sobre tres principales teorías con sus sub-clasificaciones. Tales doctrinas serían: la *del todo o nada*; la *ontológica*; la teoría de la *causalidad probabilística*. La primera de éstas prácticamente desconoce el concepto de la pérdida de chance y ante estos casos o indemniza “todo” el daño, o no indemniza “nada”, dependiendo de si en la especie se aplica alguna modulación del estándar probatorio, ya sea con relajación o con rigurosidad probatoria. La segunda se subdivide en teoría ontológica del perjuicio *patrimonial*, y del perjuicio *personal*. A esta segunda corriente, ampliamente abrazada por juristas del más alto nivel, critica el autor citado por participar de la tercera corriente -según su clasificación y a la cual subdivide en teoría *moderada* y *radical* de la causalidad probabilística- al entender que la doctrina de la chance implica una nueva teoría en materia probatoria al establecer una indemnización parcial o fraccionada del perjuicio sufrido en base al coeficiente de probabilidades de que el agente no causara el daño en cuestión. Se indemnizan así, daños eventuales, inciertos y sin negarles esa calidad se resarce sólo una parte, proporcional a las mentadas probabilidades. Claro que no comulgamos con dicho parecer y en más de una oportunidad señalamos nuestras diferencias. Ver: MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad...*, *cit.*, págs. 321 y s.s.

¹⁰⁵⁵ Vg. CHABAS, VINEY, CALAMANDREI, la doctrina mayoritaria en Argentina, etc.

pretensiones procesales no patrimoniales generarán daños morales, mientras que la privación de pretensiones patrimoniales sólo provocará daños de este tipo”¹⁰⁵⁶.

En esta línea podemos citar a muchos precedentes relativamente recientes de tribunales españoles. En efecto, determinó el Tribunal Supremo español, en la ya citada sentencia de fecha 31 de marzo de 2010, que “Cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico (STS 15 de febrero de 2008, RC nº 5015/2000)”¹⁰⁵⁷.

Debemos aclarar que en puridad es ésta una cuestión técnica que no tiene mayores consecuencias, puesto que constituya la pérdida de chance un daño patrimonial o se trate, por el contrario, de un perjuicio moral, o dependa su “naturaleza” del color que tenga la pretensión frustrada por el letrado, es claro que debe indemnizarse por igual; ya se trate de responsabilidad contractual -recordemos que de cara a su ex cliente, la responsabilidad del abogado es siempre contractual-, ya extracontractual -frente a un tercero-.

Nosotros nos inclinamos por el carácter patrimonial de dicho perjuicio. No nos convence que su “naturaleza” varíe o mute acorde sea el contenido de la pretensión malograda, puesto que nos estaríamos equivocando, otra vez, del daño a reparar. Es que no se indemniza ese daño final o absoluto, incierto o posible, sino sólo su posibilidad de concreción, “posibilidad probable” vulnerada por el abogado imperito. Y si la pretensión frustrada del cliente es de carácter extrapatrimonial, pues necesariamente habrá que estimarle su equivalente material, traducirla en dinero. También se hace ese procedimiento para estimar cualquier daño moral, es cierto, pero resaltamos que aquí no pregonamos ese carácter que sí puede tener, de hecho, el perjuicio final o pretensión fallida (vg. reclamación de estado de familia; lesiones a bienes de la personalidad; causas penales en general; etc).

2.8. Su recepción a nivel internacional en general y europeo en particular.

Señalamos páginas atrás que los países en general adoptaban una de estas tres posturas frente a la doctrina de la pérdida de chances. Agrupamos en primer término a aquellos países en los cuales sus tribunales adoptaron una *recepción amplia* a la figura en cuestión con

¹⁰⁵⁶ Conf. CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado...*, *cit.*, pág. 388. También sostiene dicha autora que la naturaleza moral o patrimonial del daño que ella llama -siguiendo al Tribunal Supremo- “pérdida de una oportunidad procesal” -nuestra pérdida de chances- dependerá del concepto -amplio o estricto- de daño moral que se maneje, *ob. cit.*, pág. 384. Ello además de la influencia del contenido de la pretensión frustrada por el letrado, tal como resaltamos en el texto.

¹⁰⁵⁷ Además de esta sentencia (que en puridad son dos), también puede verse igual parecer en estas otras resoluciones del Tribunal Supremo, a saber: STS del 26 de febrero de 2007, del 27 de mayo de 2010, del 28 de junio de 2012 y del 22 de abril de 2013. De las Audiencias Provinciales, merece citarse la siguiente: A. P. de Pontevedra, Sec. 1ª, del 20-11-2013. Esta última resolución del Tribunal Supremo, la del 22 de abril de 2014, amerita que sea transcrita en sus partes esenciales, la cual señala que “Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada, como sucede en la mayoría de las ocasiones tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico. No puede, en este supuesto, confundirse la valoración judicial de la compensación (que corresponde al daño moral) con el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción (que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, que puede ser el originado por la frustración de acciones procesales: STS de 20/5/1996, RCnº 3091/1992, 26/1/1999, 8/2/2000, 8/4/2003, 30/5/2006, 28/2/2008, RCnº 110/2002, 3/7/2008, RCnº 98/2002, 23/10/2008, RCnº 1687/03, 12/5/2009, RCnº 1141/2004 y 9 de marzo de 2011, RC nº 1021/2007). Aunque ambos procedimientos resultan indispensables, dentro de las posibilidades humanas, para atender al principio *restitutio in integrum* (reparación integral), que constituye el quicio del derecho de daños, sus consecuencias pueden ser distintas, especialmente en la aplicación del principio de proporcionalidad que debe presidir la relación entre la importancia del daño padecido y la cuantía de la indemnización para repararlo. Mientras todo daño moral efectivo, siempre que deba imputarse jurídicamente a su causante, debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima, la valoración de la pérdida de oportunidad de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad, pues en este caso el daño patrimonial debe considerarse inexistente”. Ver: LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *ob. cit.*, págs. 29, 30, 72, 86 y 94, 119, 120, 121 y 122, respectivamente.

aplicación a una variada gama de situaciones (vg. Francia, Inglaterra, Italia, Bélgica, Argentina, Australia, etc.); luego nos referimos a aquellos otros que *sólo la admiten en materia de mala praxis médica* (EEUU), o que *son ambiguos o contradictorios* (Canadá) y *reticentes* (Holanda); y por fin, *existen jueces que no la admiten como especial rubro resarcible*, es decir que aún no abrazaron su concepto (vg. Alemania, Suiza, Suecia, Dinamarca, Austria, etc.)¹⁰⁵⁸.

Pues bien, ahora veremos someramente *cómo ha penetrado este instituto a nivel internacional*, tanto en los Tribunales de Justicia cuanto en organizaciones que llevan una tarea unificadora a nivel “legislativo”. Después veremos en el punto que viene su recepción en el nuevo Código Civil y Comercial argentino; y en el próximo su aplicación directa al campo que nos concierne, la mala praxis *legal o forense*.

Primero vamos a referirnos, a vuelo de pájaro, a lo que sucede a nivel legislativo europeo. Al respecto debemos mencionar a las Directivas 92/13 (CEE, del 25 de febrero, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones), y la 89/665 (CEE, del 21 de diciembre, sobre procedimientos de los recursos en materia de adjudicación de contratos públicos de suministros y obras). Con tales Directivas se “trata de garantizar el cumplimiento de la legislación comunitaria en la materia por parte de los Estados Miembros. Su objetivo prioritario es corregir la heterogeneidad e insuficiencia de las posibilidades reaccionales reconocidas por los sistemas nacionales a los perjudicados por la infracción de las normas de contratación pública”¹⁰⁵⁹.

Es decir que *la Unión Europea, influenciada por la doctrina francesa en este asunto, está obligando a sus Estados miembros a garantizar el resarcimiento de perjuicios derivados de la transgresión a las normas procedimentales de la contratación pública*. Dicho derecho va a surgir con sólo demostrar el perjudicado que “hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato, posibilidad que se ha visto comprometida debido a esa violación”¹⁰⁶⁰.

Si bien sólo se reconoce un “reembolso” de los gastos incurridos en la preparación de una oferta, lo que interesa aquí y queremos dejar constancia, es esa recepción que está teniendo la doctrina de la pérdida de chance a nivel comunitario. Lógicamente este dato, no menor, es decisivo para que países que aún no la admiten como especial rubro resarcible, la tengan que incorporar en un futuro inmediato en su legislación nacional.

Por otro lado, también es digno subrayarse que *el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) aplicó la teoría de la chance en numerosos precedentes*. Dicho Tribunal aplica el Convenio suscripto en Roma en 1950. Sobre el mismo se ha dicho que constituye un “laboratorio europeo” de la responsabilidad civil al estar “dotado de los instrumentos que permiten la identificación y desarrollo de principios comunes a la vez que la eliminación progresiva de las divergencias que separan los sistemas nacionales”¹⁰⁶¹.

Pues dicho TEDH se ha pronunciado reiteradamente sobre la doctrina de la pérdida de chance, haciéndolo en forma favorable, adoptando su figura en forma expresa si bien no utilizando el rigor técnico que requiere este novedoso concepto dañoso. Y la aplica sobre todo teniendo presente que su intervención se produce cuando ya no queda ningún órgano judicial a nivel interno, y la víctima ha perdido en forma definitiva la posibilidad de un juicio con las debidas garantías.

En este sentido se ha expresado que el Tribunal de Estrasburgo reconoce la existencia de un daño consistente en la pérdida de una posibilidad “real” y que, si bien lo hace en base a reducidas indemnizaciones, calculadas equitativamente y en forma global, no quepan dudas del reconocimiento mentado. Al respecto pueden verse las sentencias en los casos Goddi (del año 1984); Collozza (1985); Delta (1990); Tinnelly y McEldulf (1998); Gruais y Busquet (2006)¹⁰⁶².

¹⁰⁵⁸ Ver: MEDINA ALCOZ, Luis, *ob. cit.*, págs. 132 y s.s.

¹⁰⁵⁹ Conf. MEDINA ALCOZ, Luis, *ob. cit.*, pág. 147.

¹⁰⁶⁰ Conforme al apartado 7, del artículo 2, de la Directiva 92/13.

¹⁰⁶¹ Conf. MEDINA ALCOZ, Luis, *ob. cit.*, pág. 155 y doctrina allí citada.

¹⁰⁶² Ver: MEDINA ALCOZ, Luis, *ob. cit.*, págs. 160 y s.s.

Los mencionados casos no son referidos a malas praxis de los profesionales del Derecho, por ello no haremos sus comentarios en esta tesis. Si bien algunas de tales resoluciones se refieren a la pérdida de chance por carecer la víctima de una adecuada defensa, las demandas van siempre dirigidas en contra de los países comprometidos al no aplicar las garantías que el Convenio de Roma reconoce. En definitiva, se tratan de asuntos relativos a la responsabilidad del Estado por la deficiente Administración de Justicia.

Por último, debemos constatar qué sucede con la doctrina de la pérdida de chances en los *modernos Códigos o Principios Europeos en materia de Contratos y Responsabilidad Civil*, es decir veremos si fue o no receptada en dichos instrumentos.

Como se sabe, el *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado Europeo*¹⁰⁶³ ha aprobado en 1994 sus Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (conocidos comúnmente como *Principios UNIDROIT*). En dichos Principios -es cierto que sin valor legal alguno, pero muy utilizado en el comercio internacional y de inestimable utilidad en la resolución extrajudicial de conflictos- se hace expresa mención a la doctrina de la pérdida de la chance. En efecto, su artículo 7.4.3 reza de esta manera: “Certeza del daño. Sólo es reparable el perjuicio que se establece con un grado razonable de certeza, aunque sea futuro. *La pérdida de una oportunidad puede ser reparada en la medida de la probabilidad de su realización...*”. Sin duda alguna que este importante instrumento acoge la figura de la pérdida de chance como acabamos de constatar.

Pero existe otra organización que también adopta su concepto. Nos referimos a la *Academia de Iusprivatistas Europeos*, la denominada *Academia de Pavía*¹⁰⁶⁴. Al respecto debemos mencionar la redacción del *Código Europeo de los Contratos*, cuya Parte General se encuentra aprobada. Dicho texto no tiene carácter oficial pero “podría considerarse, en cierto modo, ‘oficializado’ por la Unión Europea en el sentido de que ha sido presentado en organismos de ésta y mencionado en la Comunicación de 11 de julio de 2001, de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeos”¹⁰⁶⁵.

Pues bien, dicha Parte General del Código Europeo de Contratos señala en su art. 163 que: “Daño patrimonial resarcible. 1. El daño patrimonial resarcible comprende: a) tanto la pérdida sufrida, b) como la ganancia, dejada de obtener, que el acreedor podía razonablemente esperar, según el curso ordinario de las cosas, habida cuenta de las circunstancias particulares y las medidas adoptadas. *Forma parte de la misma la pérdida de una posibilidad de ganancia que, con certeza razonable, pudiera pensarse que se habría producido, a valorar en relación con el momento del incumplimiento o del retraso.* 2. El daño patrimonial indirecto...”.

*Estos dos instrumentos son netamente favorables al resarcimiento de la chance, no pudiéndose afirmar lo mismo respecto de otros documentos que también pretenden unificar el Derecho privado europeo, tales como los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil*¹⁰⁶⁶ -Grupo de Tilburg-, dado que solo recepciona la figura en forma “tibia”¹⁰⁶⁷. A su turno, los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL: *Principles of European Contract Law*) -Proyecto Lando- y el Grupo que dirige el profesor Von Bar que

¹⁰⁶³ “UNIDROIT” es un organismo intergubernamental constituido por 59 Estados -incluidos todos los de la Comunidad Europea-, creado en 1940 y que tiene por finalidad armonizar y coordinar el Derecho privado de los Estados.

¹⁰⁶⁴ Esta Academia fue constituida por iniciativa del reconocido jurista Giuseppe Gandolfi y cuenta además de la colaboración de notables juristas europeos, con dos argentinos entre sus integrantes, a saber, el estimado profesor de la UBA Atilio Aníbal Alterini (lamentablemente fallecido) y otro reconocido Profesor de la UBA (además de la Universidad de La Plata), querido tío y amigo, Luis F. P. Leiva Fernández. Además, se ha sumado a sus miembros la estimada profesora Noemí Lidia Nicolau.

¹⁰⁶⁵ Conf. MEDINA ALCOZ, Luis, *ob. cit.*, pág. 168.

¹⁰⁶⁶ Principios elaborados por el Grupo Europeo de Responsabilidad Civil (EGTL), organización fundada en el año 1992 por el profesor Jaap Spier.

¹⁰⁶⁷ En efecto, los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil determinan que la indemnización deberá incluir “el perjuicio de la capacidad de obtener ingresos, incluso si no va acompañado de una pérdida de los mismos”. Ello significa “la pérdida o reducción -debido al evento dañoso- de la capacidad personal de obtener algún ingreso, con independencia de que dicha capacidad ya se explotara en el momento actual o fuera a serlo en el futuro. Esto último es lo que se quiere decir con la expresión ‘incluso si no va acompañada de una pérdida de los mismos’”, conf. PITA, Enrique Máximo, “La indemnización del lucro cesante y de la pérdida de chance. Delimitación del daño resarcible”, *cit.*, pág. 210 y nota 41.

trabaja respecto del Derecho de la responsabilidad civil “extracontractual” europeo, no hacen mención alguna a la doctrina de la pérdida de la chance en sus respectivos documentos.

2.9. Su recepción en el nuevo Código Civil y Comercial argentino.

Para terminar con el Derecho argentino, amén de la recepción favorable de este instituto tanto a nivel *jurisprudencial* -tal como se constatará en el acápite siguiente-, cuanto *doctrinario* -según ya lo pudimos comprobar sin sombra de duda-, es oportuno señalar que también los últimos intentos de codificación se mostraron “amigables” con la figura en cuestión, habiéndola contemplado en forma expresa, incluido aquel que se convirtió en ley vigente en dicho país.

En efecto, el Proyecto de Código Civil para la Argentina de 1998 en su art. 1601 dice: “Daño reparable. Son reparables el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial, sea directo o indirecto, así como el daño futuro cierto, y la pérdida de las probabilidades en la medida que su contingencia sea razonable”.

Y el nuevo Código Civil y Comercial tantas veces citado en la presente tesis establece al respecto, en el art. 1738, que la indemnización comprende la pérdida o disminución en el patrimonio de la víctima, el lucro cesante y la pérdida de chances (también incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, su integridad personal, salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia de su proyecto de vida)¹⁰⁶⁸.

Además, en el siguiente artículo determina expresamente que “Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador” (conf. art. 1739).

Finalmente, y aunque se trate de un caso específico y *ad exemplum*, el art. 1745 de ese nuevo cuerpo normativo determina en su inciso c) que, en caso de muerte, la indemnización debe consistir en “la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos...”.

Puede observarse con nitidez que el nuevo Código acoge esta figura bajo la modalidad o “naturaleza” que nosotros propiciamos en esta tesis. Tal, la chance vista como un perjuicio real, actual y autónomo, como un *nuevo concepto dañoso*¹⁰⁶⁹ “de índole patrimonial”.

Afirmamos esto puesto que jamás se renuncia a la causalidad; por el contrario, específicamente expresa el novel ordenamiento, a diferencia del Proyecto del año 1998, que la chance misma debe guardar “una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”(art. 1739, *in fine*, citado). Vale decir que participa de la “teoría ontológica”

¹⁰⁶⁸ Entendemos, junto al estimado jurista y amigo Pascual Alferillo, que la enumeración de los daños indemnizables que formula el art. 1738 del nuevo Código argentino no es cerrada, puesto que tiene un carácter ejemplificativo, teniendo presente que el art. 1740 determina la reparación “plena” (que no es lo mismo que “integral”) siguiendo los lineamientos constitucionales. Por otro lado, es claro que siempre el daño se produce a la “persona”, sea humana, sea jurídica, quien se constituye en la legitimada activa para reclamar su resarcimiento. “A partir de concebir ello, el daño se bifurca y puede afectar la integridad patrimonial o la integridad psicofísica-social de la persona”, conf. ALFERILLO, Pascual E., autor de las glosas a los artículos 1708 al 1780 en ALTERINI, Jorge H. (Director general), ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, tomo VIII, cit.*, pág. 187. Solo agregaremos nosotros que no obstante el crecimiento -desmesurado a veces- de nuevos “tipos” de daños, todos ellos pertenecen necesariamente a dos grandes rubros: patrimonial (material) y extrapatrimonial (moral). *Infra* se analizará el daño moral que puede ocasionar el letrado.

¹⁰⁶⁹ Con este mismo parecer ha expresado nuestro estimado amigo Alferillo diciendo que “debemos deducir que la chance es un rubro con autonomía conceptual y resarcitoria. En este sentido, se debe diferenciar que no es sólo la pérdida de la oportunidad la que configura la ‘chance’ malograda, sino que es menester que ese quebranto contenga una posibilidad razonable de obtener la ganancia o de evitar la desventaja”, conf. ALFERILLO, Pascual E., autor de las glosas a los artículos 1708 al 1780 en ALTERINI, Jorge H. (Director general), ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial comentado..., cit.*, pág. 199.

"

(agregamos nosotros el aditivo de signo “patrimonial”), aquella que a nosotros nos parece la correcta y que cuenta con el aval de los autores más reconocidos en la materia a nivel occidental.

Ello quiere significar que de ninguna manera se renuncia a la causalidad; causalidad que debe mediar, insistimos, entre la chance malograda y la conducta del sindicado como responsable, letrado en nuestro caso. No existe renuncia ni relajamiento causal, tal como algún autor argentino asegura no obstante la contundencia de la disposición legal (y de la figura misma, diríamos¹⁰⁷⁰). Por supuesto que si nos equivocamos con respecto de los extremos a relacionar, y pretendemos encontrar una adecuación causal entre el daño final o absoluto y la conducta imperita del profesional, pues allí claro que necesitaríamos manejarnos con otros conceptos, tales como causalidades presumidas, relajadas, virtuales, etc., que traerían como consecuencia indemnizaciones parciales o fragmentarias. Nada de ello sucede en la figura analizada.

De allí la expresa mención del Código argentino en la necesidad para que la chance sea reparable, que guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.

Ahora bien, también menciona dicho novel ordenamiento, que la chance solo será indemnizable en la medida que su “contingencia sea razonable”. Es cierto que el término “contingencia” es algo confuso, aunque ya era empleado por el Proyecto argentino del año 1998 como se pudo constatar. Pues por “contingencia” ha de entenderse a la “posibilidad que algo suceda o no suceda”, según se define en el Diccionario de la Real Academia Española, en su primera acepción.

Trasladado a nuestro campo, es claro para nosotros que con ello se quiere significar, en primer término, que el damnificado se encuentre en una situación idónea para acceder a dicha posibilidad u oportunidad; pero también con ello se exige que la chance, para que constituya un daño resarcible, sea de cierta entidad, seriedad, razonabilidad o consistencia. Sobre los antedichos requisitos ya pasamos somera revista. Ahora sólo queda remarcar que este concepto, para nosotros, se trata de una *nueva figura dañosa* (aunque en puridad no es tan nueva) con todas las particularidades que analizamos con antelación. En modo alguno implica conmovir los pilares causales que siempre son requeridos en materia de responsabilidad civil (más allá de algunas presunciones o imputaciones legales -conf. art. 1736 nuevo C.C.C.-).

2.10. La cuestión en la jurisprudencia en materia de mala praxis forense.

Específicamente en la materia que nos ocupa, no quepan dudas que *la actual jurisprudencia argentina* se ha inclinado decididamente por admitir este tipo especial de perjuicio¹⁰⁷¹, acudiendo para su otorgamiento al método denominado “juicio sobre el

¹⁰⁷⁰ Conf. PITA, Enrique Máximo, “La indemnización del lucro cesante y de la pérdida de chance. Delimitación del daño resarcible”, en *Revista de Derecho de Daños, 2015-2...*, cit., págs. 189 y s.s. Debemos aclarar que tal autor afirma que en realidad hay una suerte de relajamiento causal con respecto a la configuración de la chance misma. Allí donde la norma novel argentina establece que la “contingencia” sea razonable, entiende el autor que debe hacerse un análisis causal; pero nosotros no estamos de acuerdo con tal parecer, pues en puridad ello no implica hacer un juicio de causalidad, sino simplemente de determinar si la chance en cuestión era real y sería, tal como lo afirmamos en el texto. No es éste un problema causal, aunque de probabilidades o “coeficientes” se trate. Al comentar las nuevas disposiciones tal jurista manifiesta que “la nueva regulación de la responsabilidad civil en el ordenamiento nacional determina los dos parámetros a los que debe sujetarse el eventual reconocimiento de la pérdida de chance: que su contingencia sea razonable y que guarde adecuada relación de causalidad con el hecho generador. Ello exige remitirnos al umbral de certeza requerido según el estándar de razonabilidad, en correspondencia con la conexión causal exigible según los principios generales (arts. 1726 y 1727)”, conf. PITA, art. cit., pág. 210. Pero es claro que dicho autor participa en gran medida de las proposiciones que expone Medina Alcoz a las cuales criticamos *ut supra*.

¹⁰⁷¹ En lo que concierne a la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, si bien no específicamente de la mala praxis forense, pero tratando del resarcimiento por pérdidas de chances, recomendamos la lectura de PIEDECASAS, Miguel A., “La pérdida de chances en la CSJN”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances, cit.*, págs. 173 y s.s. A modo de conclusión y teniendo presente el panorama brindado en varios precedentes del alto Tribunal, señala el autor que “la pérdida de chance puede ser entendida como la posibilidad, dentro de las expectativas legítimas del reclamante, probable, en el marco del

juicio”¹⁰⁷², e hizo ello incluso antes de haber entrado en vigor el nuevo Código. Ergo: bajo su imperio existirán aún más casos como los que pasaremos somera revista.

Así, se ha resuelto que el perjuicio que debe indemnizar el letrado sindicado como responsable “no está dado por la suma reclamada en el juicio, sino por la pérdida de la ‘chance’ de obtener éxito en dicho proceso, y esta probabilidad debe calibrarse con mayor grado de certeza en la medida que también sean mayores los elementos de convicción que se arrimen”¹⁰⁷³; que la reparación que debe hacer frente el apoderado se extiende en principio a la pérdida de una chance, “que es lo que se indemniza y no la ganancia en sí misma”¹⁰⁷⁴; que el “resarcimiento ha de consistir en la pérdida de una chance, cuyo mayor o menor grado de probabilidades habrá de depender de las particularidades propias de cada caso”¹⁰⁷⁵; y que a los fines de determinar el perjuicio por pérdida de chance debida a quien vio frustrada la posibilidad de obtener una reparación en un juicio de daños ante la impericia de su abogada, “debe tenerse en cuenta la probabilidad de prosperar que tenía aquella acción”¹⁰⁷⁶; que la indemnización originada en el incumplimiento contractual en el que habría incurrido el letrado no está identificada con el eventual beneficio perdido sino con la pérdida de la chance, “la que debe apreciarse con el mayor o menor grado de posibilidad de convertirse en cierta”¹⁰⁷⁷.

También se resolvió que el valor que debe indemnizarse por el abogado consiste en la pérdida de la probabilidad, es decir la frustración de la chance “y no de la ganancia malograda, debiendo valorarse en concreto el reclamo trunco por la conducta del apoderado y el grado de probabilidad del planteo allí intentado”¹⁰⁷⁸; asimismo se determinó, con acierto, que la valuación de la indemnización por pérdida de la chance requiere realizar “un cálculo de las probabilidades que tenía de ganar el juicio, teniendo en cuenta el estado del expediente al tiempo de la perención... la evolución de la jurisprudencia, la legislación aplicable y la complejidad de la cuestión debatida”¹⁰⁷⁹; y que el perjuicio que debe indemnizar el abogado -apoderado de quien revestía el carácter de demandado en un proceso originado por un despido- en virtud de haber omitido recurrir una sentencia adversa a su parte, “no está dado por la suma reclamada en el juicio, sino por la pérdida de la chance de obtener éxito en dicho

curso ordinario de las cosas y las circunstancias del caso, con suficiente verosimilitud y razonablemente considerada de que un hecho hubiere sucedido o bien existido y que se frustró por un factor subjetivo u objetivo atribuible a otro, generándole una consecuencia económica negativa, con suficiente grado de certidumbre que lo torna indemnizable”, *art. cit.*, págs. 185 *in fine* y 186.

¹⁰⁷² Además de los autores citados, admiten este procedimiento otros tantos, entre ellos, CASTIGLIONE, Rafael Alberto, “Enfoque sobre la mala práctica profesional de los abogados”, *La Ley NOA*, 2007 (junio), págs. 571 y s.s., quien señaló que “Para determinar la chance, será necesario analizar la seriedad de las oportunidades perdidas, realizando (al decir de Yzquierdo Tolsada) un ‘juicio sobre el juicio’, es decir una evaluación a la luz de las constancias documentales del expediente perimido o de la acción frustrada, de cuál era la situación en él de los derechos del actor y cuál su verdadera posibilidad de éxito en la litis”. Luego el mentado autor cita varias sentencias argentinas que admiten este proceder para analizar y cuantificar las chances malogradas por el letrado imperito; también se pronuncia por este método, PETTIS, Christian R., “El presupuesto del daño en la mala praxis de los abogados y procuradores. Cuestiones relacionadas con su determinación y cuantificación”, en *La Ley*, 2001-D, 938 y s.s.; sin decirlo expresamente, pero entendiéndolo así, se expide a favor también KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, págs. 723 y s.s. La mentada jurista mendocina nos refiere un caso de hace más de medio siglo en donde se responsabilizó a los abogados apoderados valorando las plenas posibilidades de éxito en un juicio por los daños provenientes de un accidente de trabajo, analizando las posibilidades de que la acción procediera o no -estando prescripta por culpa de los letrados- mediante un “juicio de predictibilidad” no siempre fácil de formular -CNCiv., Sala B, 15/03/66, “D. de S. c. P. A. y otro”, *E.D.*, 16, pág. 579-; con idéntico parecer, TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, n° 14, págs. 32 y s.s. y n° 69, págs. 232 y s.s.

¹⁰⁷³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 29-08-2005, “Pauletig, Dionisio O y otro c/Suárez, Laura B.”, fallo compilado por PREVOT, Juan Manuel, *ob. cit.*, n° 2078, pág. 468.

¹⁰⁷⁴ C. 1ª CCMín. de Mendoza, 24-11-1994, “Araujo, Napoletano E. c/Rolando E. Carrizo, s/Daños y perjuicios”, expte. 93.212, L. S. 152-414, fallo agrupado por GIANELLA, Horacio Carlos, “La Culpa. Provincia de Mendoza”, *cit.*, pág. 437.

¹⁰⁷⁵ Cámara Nacional Civil, Sala L, 25/02/2004, “Rabadán de Ulman, Elena y otro c. D., V. E.”, *La Ley*, LXIV-C, 468.

¹⁰⁷⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 13-05-2005, “Bellora, Juan C. c/C., M.”, *La Ley*, 2005-E, 484.

¹⁰⁷⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 13-12-2004, “Burriel, Alfredo H. c/C. de M., G. Y.”, *La Ley*, 2005-B, 354.

¹⁰⁷⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 28-09-2004, “Milla, José L. c/L., C. A.”, *R. C. y S.*, 2005-II, pág. 63, fallo compilado por PREVOT, Juan Manuel, *ob. cit.*, *La Ley*, Buenos Aires, 2008, n° 2081, pág. 468.

¹⁰⁷⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 26-03-2003, “Vitale, Roberto Juan c/V., A. H.”, *La Ley*, 2003-D, 409.

proceso desde que, resultaría abusivo trasladar al letrado la deuda de su cliente cuando ésta se produjo por hechos propios de su actividad comercial y no en razón del negligente desempeño del apoderado en el trámite del reclamo”¹⁰⁸⁰.

Con este mismo parecer se sentenció que cuando el incumplimiento de los deberes del abogado lleva a la caducidad de instancia, y ésta a la prescripción de la acción, “la medida del daño a resarcir no está dada por la pretensión deducida con la demanda sino por la pérdida de la posibilidad de tener éxito en el juicio, que debe apreciarse según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierto”¹⁰⁸¹. En fin, en esta senda se resolvió que el cliente que pierde el juicio debido a la negligencia de su letrado, “no puede pretender una indemnización igual a la reclamada en la demanda del juicio perdido... toda vez que por depender en alguna medida de circunstancias ajenas al abogado, no puede saberse a ciencia cierta si la sentencia hubiera reconocido la totalidad de lo pretendido”¹⁰⁸².

Como puede apreciarse de este somero repaso de la actual jurisprudencia argentina, *sin dudas que el método bautizado como “juicio sobre el juicio” -o “procedimiento dentro del procedimiento”*¹⁰⁸³ - está siendo aplicado con toda su intensidad, principalmente para determinar el *quantum* por el que debe responder el letrado ante un caso de mala praxis y acogiendo al concepto de pérdidas de chances “productivas”.

El otro método, el estadístico, si bien puede ser usado como una herramienta “auxiliar” -lo que aconsejamos-, es prácticamente dejado de lado y sólo se lo nombra en algunas sentencias referidas a la mala práctica médica¹⁰⁸⁴, pero no constatamos aún su plena aplicación en los procesos “abogadiles”¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, “M., E. E. c. S., J. A.”, 17/04/2006, reseña recopilada por SCHWARZBERG, Carlos, PENNINO, Luis, “Responsabilidad civil del abogado”, RCyS, 2009-VII, pág. 28 y s.s. También puede verse esta resolución, y ya con la cita completa de las partes, a saber: “Monti, Eduardo Eugenio c/Silva, Jorge Alberto”, en la recopilación que realiza BARBADO, Patricia Bibiana, “La pérdida de la chance. Jurisprudencia nacional”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances, cit.*, pág. 289. Por nuestra parte nos abriga una tremenda duda si en el caso puntual citado corresponde responsabilizar al letrado -se le responsabilizó en definitiva por “los honorarios y demás gastos que su actuación provocó”-, ello obstando comprobarse una omisión “de recurrir”. Si el Tribunal dio por sentado que la deuda del actor se debió a hechos propios de la actividad comercial de tal “cliente”, quien luego lo demandó, nos preguntamos -amén del eventual perjuicio- ¿cómo constatamos la presencia de otro requisito indispensable para que nazca el crédito indemnizatorio, cual es la relación de causalidad adecuada entre la conducta reputada imperita y el daño “causado”?

¹⁰⁸¹ Conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 18-10-2005, “Simonetti, Irene B. c/Rabazza, Leticia G.”, D.J., 15/02/2006, 388, fallo compilado por PREVOT, Juan Manuel, *ob. cit.*, n° 2028, pág. 456. Con un criterio prácticamente igual se expidió la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 16/08/2007, “Verón, José F. c/Pavón Lilia B.”, fallo recopilado por BARBADO, Patricia Bibiana, “La pérdida de la chance. Jurisprudencia nacional”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances, cit.*, pág. 289.

¹⁰⁸² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 26-03-2002, “C., L. A. c/S., N. L.”, *La Ley*, 2002-D, 209.

¹⁰⁸³ Aclaremos que no se los llama o menciona bajo ninguna de las dos formas aludidas en el texto, pero sustancialmente es evidente que todos los pronunciamientos citados se refieren a tal método, llamado “procedimiento dentro del procedimiento” o “juicio sobre el juicio”, sobretodo por la doctrina española.

¹⁰⁸⁴ Por ejemplo, en un precedente emanado de la Corte mendocina se hizo referencia a la reparación de las chances de sobrevida o de curación, señalando los presupuestos que requiere la misma y calificando a este tipo especial de menoscabo como un “daño intermedio”. Además, deja en claro que la teoría de las chances de curación no puede constituir un subterfugio para reparar daños sin causalidad adecuada; sin embargo, se aclara que las propias circunstancias del caso permiten al juzgador aliviar el rigor de la carga probatoria de la relación causal. En dicha resolución se resalta la prudencia con la que debe actuar el juez y se afirma que los datos estadísticos pueden ser un elemento útil a tener presente, conf. CSJ de Mendoza, 23/06/2003, “Marchena, Jorge en j.: Marchena c/Dimensión S.A. E. C. I. Emergencias Médicas y otros, s/Daños y perjuicios. Inconstitucionalidad”, expte. n° 75.543, L. S. 323-196, fallo agrupado por GIANELLA, Horacio Carlos, “La Culpa. Provincia de Mendoza”, *cit.*, págs. 431 *in fine* y 432. Por nuestra parte, si bien coincidimos en general con tales lineamientos, en cambio no nos parece feliz llamar a este tipo especial de perjuicio como “daño intermedio”, menos aún si el juzgador en el caso tiene o tuvo facultades para aliviar el rigor requerido para probar la relación de causalidad, pues puede llegar a confundirse los conceptos, como ya lo remarcaba el propio Chabas. Simplemente debiera llamarse daño, sin aditivo alguno, ni “intermedio” (la pérdida de chances de curación), ni “final” (como correspondería -con este lenguaje- denominarse a la muerte del paciente). Sencillamente no se trata de un daño intermedio, sino de un daño, y como tal, un “extremo” del cual debe partirse para analizar los restantes elementos responsabilizantes, en especial la causalidad adecuada que tendría que existir entre ese perjuicio y la conducta del médico reputada imperita.

¹⁰⁸⁵ Por supuesto que algunos pronunciamientos judiciales nos señalan que debe tenerse en consideración el estado jurisprudencial de la cuestión sometida a debate -la mala praxis “legal” incurrida en el proceso base-, haciendo alusión a lo resuelto en “causas parecidas” -vg. la sentencia de la CNCiv., sala F, 27/07/76, “Pedro Bachella S. A. c. P. M. E.”-, pero dejamos claro que no es el procedimiento o método “estadístico” como tal al cual se están refiriendo.

En el *Derecho francés*, cuna de la *perde d'une chance*, y referidos a la mala praxis de los abogados, son frecuentes las resoluciones que hacen lugar a este tipo especial de perjuicio, aunque la línea mayoritaria exige que “quede suficientemente acreditado que los litigantes tenían ‘reales y serias’ posibilidades de éxito”¹⁰⁸⁶.

También se ha señalado que cuando el juez francés tiene dudas sobre el carácter adecuado de la relación causal, ese magistrado atempera o reduce la condena. “En opinión de Boré, el juez lo hace en función del grado de adecuación de la causa incierta, que es la culpa del médico”¹⁰⁸⁷.

Además, “En el derecho francés -especialmente- hay significativos casos en que los tribunales frente a errores pequeños de los abogados (¹⁰⁸⁸), en que es manifiesta su buena fe, atenúan la estimación del daño a ser indemnizado”¹⁰⁸⁹.

Por su parte, el *Tribunal Supremo italiano* ha terminado admitiendo que la pérdida de la chance constituye un daño patrimonial cierto, concebido -en opinión que compartimos- como un daño emergente por la pérdida de una posibilidad actual y no de un resultado futuro. Dicha prueba recae sobre el damnificado, quien deberá acreditar la “actual posibilidad de conseguir un resultado futuro útil”¹⁰⁹⁰.

Empero en *Brasil*, estos casos de pérdidas de chances son raros, tal como nos relata el profesor de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul Fabio SIEBENEICHLER de ANDRADE¹⁰⁹¹.

En *España* la doctrina de la pérdida de chances tuvo su acogida recién a finales de los años ochenta. En efecto, ha señalado el autor que más se detuvo a investigar este tema en el mencionado país, que el concepto dañoso de la pérdida de chance es “ajeno” a la cultura española, no obstante “ha entrado en ella a partir de finales de los años ochenta de la mano del legislador¹⁰⁹², los juzgados, y tribunales y el Consejo de Estado que la han tomado, básicamente, del Derecho comunitario y del TEDH, sin desdeñar la influencia que haya podido ejercer el *soft law* de determinadas agrupaciones europeas en los últimos tiempos y, directamente, los ordenamientos francés e italiano”¹⁰⁹³. Es decir que fue *amplia*, si se quiere, la acogida del instituto de la pérdida de chances u “oportunidades” en España, dicho ello al menos con carácter general.

¹⁰⁸⁶ Conf. SERRA RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pág. 268. Ver VINEY-JOURDAIN, *ob. cit.*, n° 283, pág. 80 y la extensa nota n° 412 en donde citan los Tribunales franceses que mencionan estos requisitos para que la chance perdida sea reparable económicamente. En el Derecho francés y como a modo de “manual” en la materia, ver: JOURDAIN, Patrice, *Les principes de la responsabilité civile*, 9ª édition, Éditions Dalloz, París, 2014. También merece citarse, no ya como manual, sino como un estudio específico sobre la responsabilidad del abogado (si bien más se enfoca en la responsabilidad penal y en la disciplinaria), a la tesis doctoral de SBAITI, Fanny, *Contribution juridique à l'étude de la responsabilité de l'avocat en droit interne*, M. Olivier SAUTEL (Directeur), Université de Montpellier, Francia, soutenue le 4 décembre 2015.

¹⁰⁸⁷ CHABAS, François, “La pérdida de una chance en el derecho francés”, *cit.*, J. A., 1994-IV, pág. 934. Ver, además, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *ob. cit.*, pág. 84.

¹⁰⁸⁸ Técnicamente no existen “errores pequeños”, aunque seguramente se está refiriendo el autor a la culpa leve, o quizás a la levisima -y no entremos otra vez en el terreno oscuro de la graduación de culpas-. Pues bien, recordemos que en Argentina a través del artículo 1069, 2do párrafo, de su Código Civil (hoy art. 1742 del nuevo C.C.C.) y en España por medio de la facultad moderadora contemplada en el artículo 1103 *in fine* del Código Civil, también los jueces reducen, o al menos pueden reducir, la condena a los responsables que obran culposamente. En este punto parecen encontrarse y tocarse estos tres ordenamientos jurídicos.

¹⁰⁸⁹ SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *art. cit.*, pág. 392.

¹⁰⁹⁰ Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge “Las chances. Responsabilidad del abogado”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances, cit.*, pág. 80.

¹⁰⁹¹ *Art. cit.*, pág. 389.

¹⁰⁹² Cuando habla del legislador español, se refiere a la Ley 48/1998 del 30 de diciembre, la cual otorga carta de naturaleza legal en el ordenamiento español a la doctrina de la chance. Se trata de una ley que sigue los parámetros fijados por la Directiva comunitaria 92/13. En concreto, se reconoce a cualquier persona que tenga o haya tenido un derecho subjetivo o interés legítimo en la adjudicación de algunos de los contratos incluidos en la misma, el derecho a reclamar una indemnización cuando se haya probado que ha habido infracción de lo dispuesto en dicha ley y el reclamante hubiera tenido una “posibilidad real” de obtener el contrato si no se hubiera cometido tal violación. Por cierto, dicha indemnización debe cubrir “cuando menos los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación”, conforme reza el art. 63.3 de la ley en cuestión.

¹⁰⁹³ Conf. MEDINA ALCOZ, Luis, *ob. cit.*, pág. 181.

Ahora bien, enfocando la cuestión específica de la mala práctica forense merece destacarse, en primer orden, que el Tribunal Supremo al principio pareció no distinguir adecuadamente esta diferenciación entre *pérdida de chances productivas* de aquella aniquilación de *ventajas afectivas*, aunque trata esa cuestión en varias resoluciones. Es más, de hecho en varias sentencias *no diferencia el alto Tribunal la pérdida de chances del mismo daño moral*, indemnizando en muchos casos de mala praxis forenses, lo que correspondería al rubro *pérdida de oportunidades* (nuestras “chances”) bajo el oscuro, enigmático y omnicomprendido concepto del daño moral¹⁰⁹⁴.

No obstante lo recién manifestado, SERRA RODRÍGUEZ afirma que la jurisprudencia del máximo Tribunal español insiste, en materia de responsabilidad profesional de abogados o procuradores, en “distinguir dos tipos o clases de perjuicios irrogados al cliente, de distinta naturaleza y que, por lo tanto, serán cuantificados de distinto modo: uno, el daño identificado con la pérdida de la oportunidad, que tiene naturaleza material o económico; otro, el daño consistente en la privación del derecho a la tutela judicial efectiva, que provocando la indefensión del cliente, tiene una entidad moral, y que... no tiene por qué coincidir”¹⁰⁹⁵.

Por el contrario -aunque denunciando igual falta de claridad- *nosotros estimamos que muchas veces recurre el Supremo a la “fórmula mágica”* (al decir de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO) *que representa la figura del daño moral, para indemnizar los casos sin el análisis técnico que conlleva la aplicación del concepto de pérdida de chances* (sobre todo el método del juicio sobre el juicio) e incluso agravando dicho déficit, determina el *quantum* por el que debe responder el letrado imperito, en forma “prudencial o discrecional”.

En puridad -según nuestro modesto entender- la doctrina del Tribunal Supremo es un tanto compleja, por no decir confusa y hasta contradictoria. Es que al analizar la totalidad de sus sentencias -al menos las que obran en nuestro poder¹⁰⁹⁶- nos resulta harto difícil establecer algún criterio común o cierta regla general que nos resuelva la totalidad o a la gran parte de los casos de malas prácticas forenses.

El abuso al recurso de la *casuística* empleado por el Supremo en este tema -casuística que muchas veces pregonamos en esta tesis, es cierto- no es recomendable cuando no tiene un norte claro, cuando no se sabe con qué reglas resolver un caso en particular que siempre debe ser enfocado en su singularidad, es verdad. Es que el alto Tribunal en este tema tiene sentencias de todos los colores posibles, prevaleciendo en un primer momento el criterio de resarcir “oportunidades” bajo el *as vaporoso* que representa el daño moral (parafraseando al propio TS).

En efecto, al analizar las malas prácticas profesionales de los letrados y las consecuencias nocivas derivadas de las mismas, el Supremo en varias sentencias condenó a los abogados imperitos fijando la indemnización valorada “discrecional o prudencialmente”¹⁰⁹⁷; además, en reiteradas oportunidades el alto Tribunal ha constatado que se vulneró el derecho a una “tutela judicial efectiva” y que ello ha generado un “*daño moral*”

¹⁰⁹⁴ Ver, en este sentido, el artículo de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Responsabilidad de abogados y de procuradores”, *Aranzadi Civil*, 1997, T I, Volumen III, pág. 20. En dicho trabajo -citado en varios pasajes de esta tesis- el mentado jurista critica la postura del Tribunal Supremo cuando al cuantificar el “daño moral por la pérdida del derecho a una tutela judicial efectiva” lo equipara con el valor económico de las pretensiones insatisfechas. Señala que el daño moral puede no existir en determinados casos y que no hay más remedio que valorar todos los daños sufridos por el cliente, lo que implica cierta conjetura sobre el resultado final del conflicto. En definitiva, señalaba ya en el año 1997 que la solución no estriba en acudir al daño moral como fórmula mágica, tesis que compartimos. Por otro lado, una considerable mención de sentencias del Tribunal Supremo, con una breve síntesis del pensamiento español hasta esos años, puede verse en ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, “La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores”, *cit.*, págs. 40 y s.s.

¹⁰⁹⁵ Conf. SERRA RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, págs. 254 *in fine* y 255.

¹⁰⁹⁶ Además de todas las sentencias comentadas por la doctrina que citamos a lo largo de nuestra tesis, hemos recurrido a una edición “actualizada” (año 2016) en la cual se transcriben todas las sentencias atinentes a nuestro campo, a saber: LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *Selección de Jurisprudencia. Responsabilidad civil de abogados y procuradores. Responsabilidad Civil y Seguro*, Editorial SEPIN, Madrid, 2016.

¹⁰⁹⁷ SSTS, Sala 1ª, de 17 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8735); de 26 de enero de 1999 (RJ 1999, 323); de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3914); de 12 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9285).

en el cliente indefenso¹⁰⁹⁸; con criterio parecido ha entendido el Tribunal en otras tantas sentencias que se había generado un daño de índole *moral* por constatarse una “omisión en el deber de información”¹⁰⁹⁹; o un *daño moral indirecto* por haber vulnerado el “derecho de acceso al recurso”¹¹⁰⁰; o un *daño moral* derivado de la “pérdida de oportunidad”¹¹⁰¹; o de “oportunidades procesales”¹¹⁰²; o el *daño moral* producido por la privación de que conozca y resuelva el tribunal¹¹⁰³.

En casi todas esas sentencias -por intentar generalizar y detectar algunas pautas- el Tribunal Supremo entiende que se debe indemnizar por *daño moral* al producirse las mentadas situaciones perjudiciales para el cliente, fijando en muchas ocasiones el *quantum* en forma “prudencial”, reiteramos.

Ahora bien, en una segunda etapa (la actual), por así clasificarla, prevaleció el criterio en el alto Tribunal español de -amén de inmiscuirse en las profundidades del proceso “base”, juicio dentro del juicio-, fijar la indemnización debida por el letrado imperito por frustración de una acción judicial que vulnera el derecho a una tutela judicial efectiva, teniendo en consideración el objeto o contenido de esa acción para calificar de moral o material al daño ocasionado.

En efecto, y como ya señalamos páginas atrás, determinó el Tribunal Supremo español, en la citada sentencia *ad exemplum* de fecha 31 de marzo de 2010 (criterio recogido en otros precedentes posteriores), que “Cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico (STS 15 de febrero de 2008, RC nº 5015/2000)”¹¹⁰⁴.

Además, existen resoluciones del TS que directamente hacen mención a una verdadera “*privación de la pretensión*”, tales como las SSTS de fecha 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 357) y de 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8587), ambas provenientes de la Sala 1ª (como todas las cuestiones civiles) y referidas a presentaciones extemporáneas frente al FOGASA, correspondiendo la indemnización al importe que tenían derecho los perjudicados a obtener de dicho fondo salarial. Este criterio, claro está, compartimos plenamente.

Pero en lo concerniente a nuestro subtipo de daño en particular es dable señalar, insistimos, que el Tribunal Supremo no habla de pérdida de chances, sino de “oportunidades” o “frustración de una acción judicial”, etc., tal como pudimos constatar recién. Esta pérdida de oportunidades, según el TS, al menos en un primer momento, casi siempre generó un daño moral y ahora al menos prevalece el criterio de calificar como moral o material dependiendo ello de la clase de acción frustrada.

Además, existen dos criterios antagónicos que conviven a la hora de determinar o precisar esta pérdida de chances u oportunidades. Es que el Tribunal sostuvo, en algunas resoluciones, que no debe aplicarse el método del juicio sobre el juicio porque ello implica hacer conjeturas¹¹⁰⁵ y en otras ocasiones proclamó inmiscuirse en el análisis de las

¹⁰⁹⁸ SSTS, Sala 1ª, de 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 357); de 25 de junio de 1998 (RJ 19985013, 323); de 28 de enero de 2005 (RJ 2005, 1830).

¹⁰⁹⁹ STS, Sala 1ª, de 14 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3106).

¹¹⁰⁰ SSTS, Sala 1ª, de 8 de julio de 2003 (RJ 2003, 4613); también habla de “privación del derecho al recurso” la emblemática sentencia del 20 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3793), de la cual ya hicimos referencias y sobre la que insistiremos por su radical importancia.

¹¹⁰¹ SSTS, Sala 1ª, de 8 de abril de 2003 (RJ 2003, 2956); 9 de julio de 2004 (RJ 2004, 5121).

¹¹⁰² STS, Sala 1ª, de 8 de febrero de 2000 (RJ 2000, 842).

¹¹⁰³ SSTS, Sala 1ª, de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871); de 18 de junio de 2004 (RJ 2004, 3629).

¹¹⁰⁴ Además de esta sentencia (que en puridad son dos), también puede verse igual parecer en estas otras resoluciones del Tribunal Supremo, a saber: STS del 26 de febrero de 2007, del 27 de mayo de 2010, del 28 de junio de 2012 y del 22 de abril de 2013. De las Audiencias Provinciales, merece citarse la siguiente: A. P. de Pontevedra, Sec. 1ª, del 20-11-2013.

¹¹⁰⁵ Dice al respecto la STS, Sala 1ª, del 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871) que “resulta totalmente imposible saber, sin introducirnos en el resbaladizo y absolutamente inadmisibles terreno de las conjeturas, cuál hubiera podido ser el tratamiento (estimatorio o desestimatorio) que habrían recibido los tres frustrados (por la no personación del procurador demandado) recursos de apelación” (F. D. 5º).

probabilidades favorables que tenía un recurso o una demanda en particular¹¹⁰⁶, prevaleciendo ahora esta segunda postura, la cual nos parece la correcta, claro está.

Ahora bien, no obstante predicar realizar un análisis de las probabilidades de éxito de la demanda o recurso (juicio sobre el juicio), a la hora de fijar la indemnización lo hace muchas veces en forma *prudencial* -por no decir antojadiza o arbitraria-, olvidándose en ocasiones por completo del coeficiente de chances reales que se frustraron para cuantificar con su porcentaje el daño resarcible. Ello sólo nos demuestra esa falta de claridad y contradicción que denunciábamos, aunque es cierto que ya se están perfilando con mayor claridad, en la actual jurisprudencia española (haciéndose eco de las críticas doctrinarias sobre el particular), los requisitos que son necesarios para hacer nacer la responsabilidad en el letrado imperito y consagrando con mayor nitidez este complejo tipo de daño referido a la pérdida de chance.

Por otro lado, merecen apartados especiales estudiar el posible *daño moral* irrogado al cliente víctima de la mala praxis legal y el referido a la *privación de la tutela judicial efectiva* que recién mencionáramos.

Para terminar con este tema específico de “pérdida de chances productivas” diremos que así, configurada como lo hacemos, este perjuicio será, -o debiera serlo para ser tal- “cierto”¹¹⁰⁷, personal y directo. Además, consistirá en un daño actual, puesto que las posibilidades mutiladas estaban en ese momento en cabeza del cliente. *No se indemniza una ganancia futura dejada de percibir (de allí que no constituya un “lucro cesante”¹¹⁰⁸), sino la probabilidad -y en tanto que probable- de lograrla que existía en ese momento¹¹⁰⁹. Desde*

¹¹⁰⁶ STS, Sala 1ª, del 20 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3793). Allí dice el Supremo que “ninguna contradicción existe en que al examinar la Sala, como único medio de aproximarse al alcance de los posibles daños y perjuicios, razone sobre la improsperabilidad de la alzada y sus expectativas, que se perdió por negligencia del procurador, en términos que son plenamente aceptables y que, desde luego, no pretenden sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello, tarea imposible” (F. D. 3º). Esta misma senda es transitada por otras resoluciones, tales como las SSTS, todas de la Sala 1ª, de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8971) donde expresa que “sí puede ser examinadas las posibilidades de que la acción, caso de haber sido temporáneamente ejercida, hubiese prosperado”; o la sentencia de 8 de julio de 2003 (RJ 2003, 4613) en donde se analiza la probabilidad de éxito de un recurso de casación que el demandado no interpuso a tiempo; 14 de julio de 2003 (RJ 2003, 4630) en la cual se tuvo en consideración la muy escasa viabilidad de la demanda de haber sido interpuesta; por último, es digno mencionarse a la sentencia del 28 de junio de 2003 (RJ 2003, 5989) la cual no concede la indemnización que solicitaba el cliente por ser nulas las posibilidades de éxito del recurso y aplica o nombra por primera vez el método del “juicio sobre el juicio” para rechazar la imputación profesional en este caso.

¹¹⁰⁷ En un interesante artículo explica Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ que “la certeza del daño admite varios niveles; desde la seguridad de su existencia, hasta la mera probabilidad. En efecto, y en especial respecto los daños futuros, sólo es exigible con frecuencia que sean seriamente verosímiles, aunque no se arrime a un juicio de fatalidad. El derecho se conforma muchas veces con esta certeza sólo relativa. Precisamente en este sector de certeza relativa, media una ‘zona gris’, compartida con la ‘chance’, pues ésta también se apoya sólo en una probabilidad”, “Frustración de ‘chances’ en la responsabilidad profesional”, en *Las responsabilidades profesionales...*, ob. cit., pág. 221. En nuestra humilde opinión, hablar de “certeza relativa” conlleva una íntima contradicción. Acaso no habrá llegado la hora de dar a cada “cosa” (instituto, concepto, etc.) su nombre.

¹¹⁰⁸ Señala, entre otros autores, la diferencia entre la pérdida de chances y el lucro cesante, LOVECE, Graciela, “La pérdida de chance confrontada con la relación adecuada de causalidad”, cit., págs. 217 y s.s. Expresa la citada jurista que la diferencia más notoria entre ambos conceptos pareciera centrarse en el “criterio de previsibilidad” pero no ya del agente dañador, sino del juez quien a partir de las pruebas aportadas y de parámetros objetivos, deberá representarse en el caso concreto un escenario futuro y disponer medidas anticipativas tendientes a paliar la contingencia futura. Además, señala, es esencial establecer los límites del lucro cesante futuro respecto de la pérdida de chances, por tratarse de situaciones que aún no han acaecido, pero que existe un alto grado de probabilidad. Pero se trata de conceptos diferenciables más allá de esta “probabilidad común”, puesto que en el lucro cesante futuro se habla de ganancias que habrán de dejarse de percibir en razón del evento dañoso, mientras que en la pérdida de chances lo reparable es la pérdida de la posibilidad de obtener un beneficio económico. En fin -en opinión que compartimos- señala que en ambos supuestos nos encontramos ante situaciones de “certeza”, en tanto que la pérdida de chances, en sí misma, es un daño cierto, “con la diferencia de que la probabilidad objetiva en el caso de pérdidas de ganancias o lucro cesantes se incrementa, en tanto que el evento dañoso vulnera una situación jurídica ya constituida (estatus de derecho subjetivo), mientras que en el supuesto de pérdida de chance lo vulnerado es la *expectativa razonable objetivada*”, art. cit., pág. 219.

¹¹⁰⁹ No quepa duda alguna que participamos de la “teoría ontológica del perjuicio patrimonial”, como le gusta llamar a esta doctrina a MEDINA ALCOZ. Dicho autor critica esta postura afirmando que la chance no puede formar parte del patrimonio de un sujeto, como bien que preexistía a la lesión inferida. Entre otros motivos sostiene que si la misma fuese un bien autónomo, *per se*, tendría un valor en el comercio y se podría disponer de ella. Pues en el Derecho argentino -al menos- y aplicado específicamente a nuestro caso, los derechos litigiosos se pueden perfectamente ceder por el titular (ver el art. 1446 del Código de Vélez y su admisión en el nuevo Código, arts. 1616 y 1618 del C.C.C.). Este y otros motivos nos inclinan por adoptar la postura que

este enfoque es claro que concluimos en que se tratará de un daño material emergente y que como tal deberá ser resarcido -siempre que se acrediten los demás presupuestos responsabilizantes- por ser consecuencia inmediata, directa y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación¹¹¹⁰, consecuencia o daño que las partes previeron o pudieron haber previsto en el momento de la celebración del contrato de prestación de servicios jurídicos.

2.11. Pérdida de chances y “privación de la pretensión”. Diferencias.

Según lo que llevamos dicho, sólo se puede hablar válidamente de “chances” frutadas siempre que estemos en presencia justamente de ello: una chance, una esperanza, una “posibilidad probable” de ganar un pleito, o evitar perderlo -hablando ejemplificativamente del ámbito judicial- que ha sido aniquilada por el letrado imperito.

En este orden de cosas, cuando los tribunales otorgan a título de resarcimiento el “todo” de lo pretendido por el cliente en el proceso frustrado como consecuencia de la mala praxis acreditada, pues allí no estaremos en presencia, desde un punto de vista estricto, de una chance mutilada. Otorgarle el nombre de chance a una situación en la cual se está ante la *certeza* -tanto en su configuración cuanto en su cuantificación y realización fáctica- del daño acaecido, no es correcto. Es como si faltase el azar a los contratos aleatorios.

Por tal motivo entendemos que en las escasas situaciones en las cuales no haga falta realizar un “juicio sobre el juicio”, resultando la mala práctica forense palpable y además se otorgue un 100 % en concepto de indemnización (siendo exactamente equivalente a lo pretendido en el proceso frustrado, con su actualización correspondiente -intereses-), en lugar de chances debemos hablar allí de una verdadera “privación de la pretensión”¹¹¹¹.

sostenemos. Sobre todo porque llamar pérdida de chance u oportunidad a la indemnización parcial del daño final, eventual o posible, no tiene ningún sentido, no al menos que le cambiemos el nombre al instituto analizado; ello, más allá de trastocar los principios fundantes de la responsabilidad civil, a saber: el daño y la relación de causalidad.

¹¹¹⁰ En contra se ha dicho que “La pérdida de una chance es una consecuencia mediata, previsible y por lo tanto solamente resarcible en caso de incumplimiento malicioso”, conf. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “La pérdida de una chance es una consecuencia mediata, previsible y por lo tanto solamente resarcible en caso de incumplimiento malicioso”, *La Ley*, 1993-D, pág. 206; en igual sentido TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance...*, ob. cit., n° 14, pág. 38, quien señaló que en materia contractual la indemnización de la chance resulta ser más limitada que en el campo aquiliano, por cuanto en el primero dicha pérdida es una consecuencia mediata previsible, que sólo resulta resarcible en caso de incumplimiento malicioso. Idéntico parecer manifestó en su trabajo titulado “La pérdida de chances en el Derecho de Daños. De la certidumbre de un perjuicio a la mera posibilidad o probabilidad. La noción”, cit., pág. 65. También en esta línea se enrolan LOVECE, Graciela, “La pérdida de chance confrontada con la relación adecuada de causalidad”, cit., pág. 224 y MAYO, Jorge A., “La pérdida de chance como daño patrimonial. La frustración como daño cierto”, cit., pág. 171. Este último autor señaló que la pérdida de chance no es sino una consecuencia mediata del hecho y si se trata de responsabilidad contractual la misma sólo es resarcible si el agente ha actuado con dolo. Sinceramente no podemos creer que se sostenga que únicamente el abogado que incumple en forma dolosa su cometido propio se hará cargo de este principal rubro indemnizatorio, lo que no ocurriría casi nunca, cuestión desmentida por toda la jurisprudencia existente en la materia, incluso antes de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial. Lo cual nos invita a pensar que la doctrina tendrá que admitir que este perjuicio consiste en ser una consecuencia “inmediata” del incumplimiento contractual, o bien aceptar que por imperio del artículo 902 del Código Civil en este campo se “extracontractualizan” los daños indemnizables, vale decir que opera una suerte de aproximación o transformación de las consecuencias mediatas en inmediatas, tal como sostuvimos en esta tesis. Además, bajo la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial argentino, es claro que en general están a cargo del sindicado como responsable tanto las consecuencias inmediatas, cuanto las mediatas previsibles (conf. art. 1726 CCC). Y si estamos en el ámbito contractual, como estaremos siempre que el ex cliente demande a su anterior abogado, es evidente que el daño denominado “pérdida de chance” constituye una consecuencia que las partes “previeron o pudieron haber previsto” al momento de la celebración del contrato de servicios profesionales jurídicos. Por supuesto que si existe dolo en la conducta del letrado, además responderá de las consecuencias que deriven de tal repudiable conducta “también al momento del incumplimiento” (conf. art. 1728 del nuevo C.C.C.); por otro lado, recordaremos que no podrá a dicho deudor atenuarse su responsabilidad (art. 1742 C.C.C.). A todo ello aun podemos agregar la regla que se consagra en dicho cuerpo normativo en el art. 1725, 1ª y 2ª parte, del Código Civil y Comercial. Vale decir que bajo ningún aspecto podrá entenderse, ni a la luz del Código de Vélez (y toda la rica jurisprudencia surgida sobre su interpretación y aplicación), ni bajo el prisma de la nueva codificación, que el letrado no deba hacerse cargo de este principal daño generado en su mala práctica. Al contrario, sin dudas que deberá hacerse cargo, cuando así se determine y se comprueben los demás requisitos responsabilizantes, de la pérdida de chance sufrida por su ex cliente, tratándose tal daño de un claro perjuicio que bajo la calificación o categoría que quisiera endilgársele, deberá brindar respuestas patrimoniales el letrado demandado y condenado.

¹¹¹¹ En el Derecho francés igualmente se ha señalado que la *perte de la chance* “ne peut en effet correspondre à un pourcentage de 100 % de certitude”, conf. HABERER, I., *La perte d'une chance*, DEAD de Droit Privé Général, Université de Paris I-Panthéon Sorbonne, 1996, pág. 43, citado por CRESPO MORA, María Carmen,

Dignos ejemplos de ello constituyen las sentencias en las cuales se otorga al cliente insatisfecho lo que hubiere podido obtener del Fondo de Desempleo (FOGASA)¹¹¹² en el ordenamiento español¹¹¹³. Aquí desaparecen las dudas, puesto que de encontrarse el cliente en esa situación debería de haber percibido una suma indiscutible frente a dicho organismo Público. Pues, si el letrado imperito, violando su *lex artis*, evita que su contratante obtenga lo que correspondía a dicho Fondo saldar, deberá hacer frente a tal perjuicio causado¹¹¹⁴ en igual medida que lo solicitado en el pleito frustrado -o ni siquiera iniciado-. Es decir que “queda objetivamente identificado el perjuicio ocasionado con el importe de la cantidad que hubiese abonado el Fogasa”¹¹¹⁵.

Por supuesto que existen otros casos de “privación de la pretensión”, tal como debe llamarse a la mentada situación. De hecho, la omisión en cuanto a la ejecución de la sentencia condenatoria en materia laboral (cuyo plazo también es de un año en el ordenamiento español, según el art. 241.2 L.P.L.) generará un claro perjuicio para el cliente -trabajador-, daño cuya cuantificación y configuración viene reconocido por una sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada.

Otros supuestos que encuadran en este apartado constituyen las denominadas por GONZÁLEZ FERRER e IBARRA LÓPEZ GÓMEZ como *pretensiones gemelas y mellizas*. En estos casos, a pesar de encontrarnos frente a un cliente quien padece de una “oportunidad perdida” por no haber tenido acceso a una resolución judicial, “a *posteriori* encuentran un pronunciamiento paralelo y perfectamente aplicable en otro asunto de circunstancias similares... En estos casos se suele tratar de asuntos en los que la pretensión abruptamente frustrada del cliente se enjuiciaba, bien dentro del mismo procedimiento junto a otro caso que finalmente prospera (que podríamos llamar pretensiones gemelas) o bien con independencia de otras acciones idénticas que se enjuician separadamente y que obtienen un éxito final (que continuando con el paralelismo, podrían llamarse pretensiones mellizas)”¹¹¹⁶.

La responsabilidad del abogado... ob. cit., pág. 363. El trabajo de Haberer, cumple aclarar, se trata de una tesis bajo la dirección de la prestigiosa jurista francesa Geneviève Viney, quien fuera discípula nada menos que de André Tunc. Es muy completa dicha obra, así como la de Müller y Sbaiti, ya citadas.

¹¹¹² El Fondo de Desempleo, o Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), es el obligado *ex lege* (según el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores -Ley 32/1984 de 2 de agosto-) a hacer frente, con determinados límites, a los créditos salariales ante la insolvencia de la empresa pertinente. Además, acorde al art. 21 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, “El plazo para solicitar del Fondo de Garantía Salarial será de un año”, plazo que en muchas ocasiones es “olvidado” por los letrados, generando así un claro daño a su cliente, perjuicio que se identifica, justamente, con el monto que debería de haber percibido de dicho Fondo.

¹¹¹³ Entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 28-1-98 (RJ 1998, 357); y la sentencia del 3-10-98 (RJ 1998, 8587). Ver, entre otros comentarios, GARCÍA VARELA, Román, “La conducta desidiosa del abogado y la responsabilidad civil”, en *La Ley (España)*, D-324, pág. 2265, diario 4692 de 14 de diciembre de 1998; ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, “La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores”, *cit.*, págs. 48 y s.s. También en la sentencia del 30-12-02 (RJ 2003, 333) el Tribunal Supremo concede la cantidad total reclamada, comprensiva de los intereses del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

¹¹¹⁴ Sin dudas que en estos casos debe brindar respuestas patrimoniales el letrado negligente. Pero también hay que resaltar que “La Junta de Gobierno ha venido considerando que merecen reproche deontológico aquellos casos en que la solicitud extemporánea de la ejecución de sentencia de condena dineraria determina la prescripción del Derecho, como sucede cuando se subroga el FOGASA por insolvencia del empresario. La legalidad de este criterio ha sido recientemente confirmada en vía jurisdiccional contencioso-administrativa”, conf. GONZÁLEZ FERRER, Juan José - YBARRA LÓPEZ-GÓMEZ, Javier, “La responsabilidad civil del abogado en materia de despido laboral”, en *OTROSÍ, Publicación informativa del Colegio de Abogados de Madrid*, noviembre de 2001, N° 31, pág. 18. Es decir que a la responsabilidad civil que pesa sobre el profesional imperito todavía se le puede sumar una condena deontológica por tal proceder. Habrá que observar cada caso en especial y la posible violación a determinadas normas deontológicas (o Códigos) para poder expedirse sobre la eventual sanción disciplinaria. No podemos a *priori* tomar carta sobre el asunto, simplemente dejamos constatado este *plus* de responsabilidad que gravita sobre el abogado.

¹¹¹⁵ Conf. GONZÁLEZ FERRER, Juan José - YBARRA LÓPEZ-GÓMEZ, Javier, “La responsabilidad civil del abogado en materia de despido laboral”, *cit.*, pág. 18. Quienes además remarcan que “Sin duda se trata del supuesto más claro a la hora de determinar el *quantum* indemnizatorio acogido por nuestra jurisprudencia y la práctica de las compañías aseguradoras de responsabilidad civil profesional”, *ibídem* presente cita. Ver también de los mismos autores “La indefensión ocasionada por error del abogado”, en *OTROSÍ, Publicación informativa del Colegio de Abogados de Madrid*, mayo de 2002, N° 37, pág. 39, quienes remarcan que este perjuicio es perfectamente “objetivable”, puesto que el mismo habrá de identificarse con las cantidades a abonar por este organismo, según baremo a aplicar que se actualiza anualmente.

¹¹¹⁶ Un ejemplo de pretensiones “gemelas” podría ser un caso de procedimiento laboral por despido improcedente en reclamación de la laboralidad de la relación contractual de dos trabajadores, en el cual, si bien se desestima en Primera Instancia, uno de los recursos de suplicación se interpone fuera del plazo, prosperando el otro finalmente en casación. Un caso de pretensiones “mellizas” sería aquellas acciones interpuestas por varios justiciables en reclamación de pretensiones idénticas (por ejemplo, impugnación en vía contencioso-

Pero insistimos, *éstas no son situaciones en las que se pueda decir con razón que estemos ante una verdadera "chance" malograda*¹¹¹⁷. Al contrario, en estos casos la configuración y el *quantum* de la indemnización que cobrará el cliente no generarán los problemas que normalmente tienen la resarcibilidad de la chance (en especial las complicaciones atinentes a la "causalidad" y las que derivan de la aplicación del método bautizado como "juicio sobre el juicio"), pues aquí la indemnización coincidirá con el valor de la pretensión frustrada, debidamente actualizada, ello así siempre que la misma posea carácter económico.

En cambio, se ha señalado con acierto que cuando la certeza mentada sea predicable respecto de pretensiones de carácter extrapatrimonial, o de pretensiones meramente declarativas -vg. reconocimiento de paternidad-, constitutivas -vg. acciones de separación y divorcio-, o cautelares, "la concreción de la indemnización suscitará los mismos inconvenientes que la determinación del *quantum* indemnizatorio del daño moral"¹¹¹⁸. Es decir que se configurarán en dichas situaciones un agravio moral "neto" y no una pérdida de chances afectivas -para quienes comparten esta subclasificación-, siguiendo con el *paralelismo* y aplicando la distinción que efectuáramos.

3) Daño moral.

3.1. Su configuración y cuantificación. Prueba del mismo.

El ejercicio de la abogacía o procuración en discordia con la conducta esperada de un profesional capacitado "técnicamente" puede generar un agravio o daño moral a su cliente insatisfecho. Antes que nada, coincidimos con MOSSET ITURRASPE cuando afirma que mas bien se trata de un daño "jurídico" antes que "moral"¹¹¹⁹; sin embargo, utilizaremos la clásica denominación de *daño moral* que ya goza de carta de ciudadanía en nuestra doctrina, como así también las expresiones *agravio moral*¹¹²⁰ o *daño extrapatrimonial* o *espiritual* en el carácter de sinónimos del primero.

administrativa del justiprecio fijado en sede administrativa), siendo que unas prosperan en cualquier instancia y otra se queda en una fase anterior por impericia del letrado. Todo ello conforme GONZÁLEZ FERRER, Juan José - YBARRA LÓPEZ-GÓMEZ, Javier, "La indefensión ocasionada por error del abogado", *cit.*, pág. 37. Estos juristas citados analizan seis casos en los cuales existe "certeza" en el perjuicio ocasionado al cliente, al menos en el aspecto cuantitativo. Algunos de "sus casos" no encuadran exactamente en lo que nosotros denominamos "privación de la pretensión" -vg. la imposición de costas procesales-, en donde exigimos algo más que la mera certeza del *quantum*, para hablar de situaciones en las cuales la configuración misma del perjuicio -amén de su cuantificación, lógico- no está en tela de juicio; de hecho, la responsabilidad misma del letrado surge evidente, no tan sólo el perjuicio originado.

¹¹¹⁷ Cierta doctrina habla en estos casos como si se estuviese en presencia de un "daño real"; aunque debemos aclarar que la pérdida de chance también constituye un daño real, al igual que los gastos y costas procesales, daño moral, etcétera. Utiliza dicha denominación equivocada, entre otros, ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, "La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores", *cit.*, págs. 48 y s.s. Por su parte CRESPO MORA insiste en que en esta situación estaríamos frente a un "auténtico daño emergente", conceptualización que tampoco nos convence, pues en nuestra tesitura también el daño denominado "pérdida de chance" es, por regla, un *auténtico daño emergente*, ello amén de la eventual existencia de otros daños emergentes -vg. gastos y costas procesales-. Más allá de esta disidencia menor, en general compartimos el parecer de la citada profesora española. Ver, CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil*, *cit.*, pág. 358 y s.s.

¹¹¹⁸ CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil*, *cit.*, pág. 362.

¹¹¹⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por Daños. Tomo V. El Daño Moral*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, pág. 10, quien afirma que "El denominado 'daño moral' (arts. 522, 1078 y conc. del Cód. Civil Argentino) o 'agravio moral': a) No es moral sino jurídico; b) No repercute en la conciencia sino en el patrimonio; c) engendra un deber jurídico de resarcir..."; y en la página siguiente nos dice que "Es rigurosamente un daño a la persona extrapatrimonial". Coincidimos con las afirmaciones del reconocido maestro argentino, aunque aclaramos que no cualquier molestia puede ser interpretada como menoscabo a las afecciones legítimas y pretender ser resarcida, pues entendemos que un cierto "deber de tolerancia" enraizado en la sociedad misma, nos impone el deber de soportar determinadas molestias.

¹¹²⁰ Es harto conocida, al menos en Argentina, la opinión de LLAMBÍAS, en el sentido "limitar" y diferenciar el concepto de "agravio" moral del daño moral, puesto que según su parecer "no cualquier daño moral origina la responsabilidad del autor del daño, sino un verdadero agravio, es decir un hecho obrado con intención de ofender y producir la herida en sus sentimientos que ha sufrido el agraviado", conf. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t.1, 2ª ed. actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, n° 277, pág. 361. No podemos coincidir con dicho jurista, si bien reconocemos que el daño moral -e incluso que la responsabilidad civil en general- cumple también cierta función punitiva, algo nada nuevo según pudimos observar al tratar la cuestión del límite de la responsabilidad -*quantum respondeatur*-.

En la definición de “daño” dijimos que se trataba de una “lesión disvaliosa de un interés sobre un bien jurídicamente protegido”; pues este *interés* puede o no ser patrimonial, aunque siempre, para ser resarcible, debe estar amparado (o al menos “no prohibido”) por el Derecho. Entonces, sencillamente el daño extrapatrimonial o moral se trata de una *lesión a un interés no patrimonial* y como enseña PIZARRO “ambos componentes tienen que aparecer necesariamente amalgamados, a punto que la ausencia de cualquiera de ellos impide que se configure”¹¹²¹.

Hay que resaltar que en ocasiones también puede producirse un daño moral frente a lesiones de “*bienes*” *patrimoniales*, tal como lo pregona una importante corriente doctrinaria y como anunciamos en su definición. Desde este punto de vista, lo relevante serían las *consecuencias* o *repercusiones* que pueda conllevar la conducta ilícita (que configuraría el mentado “*interés*” no patrimonial) y no tanto la naturaleza misma del bien conculcado.

Además, es conocido que existen tesis amplias y restringidas respecto del concepto de daño moral, pero no es éste el lugar donde tratar tan interesante polémica¹¹²².

En otro orden de cosas, por supuesto que es indemnizable el daño moral, sea que se apliquen los principios de la responsabilidad contractual o extracontractual. Esta solución es clara en Argentina después de la reforma del año 1968 y tiene su fundamento legal en los artículos 522 y 1078 del Código Civil de Vélez¹¹²³. En tal sentido, insistimos, cuando señala el artículo 522 que el juez “podrá” condenar al responsable a la reparación del agravio moral contractual, en realidad tiene que leerse que el juez “deberá” condenar, siempre que el mismo resulte probado¹¹²⁴. Respecto del nuevo Código, deben tenerse ahora en consideración especialmente los artículos 1738 *in fine*, 1740 y 1741¹¹²⁵.

Igual conclusión que la recién afirmada respecto del anterior Código argentino puede hacerse respecto del ordenamiento español. En efecto, en el citado país la doctrina avala la existencia del principio de la reparación íntegra (o al menos “plena”) en materia de daños extracontractuales, ello con fundamento en el art. 1902 del Código Civil, lo que importa la indemnización de perjuicios materiales y extrapatrimoniales. Respecto del plano contractual, si bien hubo cierta resistencia al principio, hoy es mayoritaria la postura que admite la resarcibilidad de los daños contractuales patrimoniales y morales. Su plataforma legal reside en el art. 1106 del Código Civil, el cual si bien no incluye al daño moral entre los perjuicios contractuales resarcibles, tampoco los excluye expresamente¹¹²⁶.

¹¹²¹ PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño Moral. Prevención/Reparación/Punición*, Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1996, pág. 47, quien nos dice: “El daño moral importa..., una modificación disvaliosadel espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, *consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial*, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”. La cursiva es nuestra.

¹¹²² Remitimos a CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado...*, cit., págs. 384 y s.s. Allí puede consultarse respecto de la repercusión que tiene este tema referido al objeto de nuestro análisis, la mala práctica forense.

¹¹²³ En cambio, el Código de Brasil no contiene un dispositivo genérico y amplio que contemple la reparabilidad del daño moral, generando de esta suerte una confusa situación que recién en 1988 puso fin la Constitución Federal, la cual contempla expresamente ambos tipos de daños (material y moral).

¹¹²⁴ Esta solución, que ya se proponía en algunos Congresos científicos, tuvo acogida en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de Argentina del año 1987, cuyo artículo 522 modificado quedaba redactado en estos términos: “*La indemnización comprende el daño moral*”. Solución correcta que respeta el principio de reparación plena y no discrimina según el daño moral tuviese su génesis en una obligación específica o genérica (*alterum non laedere*) incumplida. Dicho sea de paso, entre los Congresos científicos de relevancia, es digno de mencionar a las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, celebradas en 1984, cuya comisión 2 -que trató sobre la cuestión del daño moral- aprobó la recomendación que resalta que el perjuicio es el mismo, ya provenga de un acto ilícito o del incumplimiento de una obligación convencional, propiciando un concepto unitario de daño moral y bregando por una reforma a aquel artículo 522 reemplazando el “podrá” por “deberá”, tal como resaltamos en el texto. En contra, WIERZBA, Sandra M., *Responsabilidad civil del abogado*, cit., n° 12, págs. 82 y s.s.

¹¹²⁵ Tales artículos tratan sobre la indemnización (1738), la reparación plena (1740) y la legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales (1741). Por cierto que salvo algunas normas aisladas -arts. 71 inc. c), 151 y 744 inc. f)-, el nuevo Código no se refiere al daño extrapatrimonial como daño “moral”, haciendo alusión, en el art. 1738, al daño derivado de las consecuencias de la “violación de los derechos personalísimos de la víctima”, su “integridad personal”, su “salud psicofísica”, sus “afecciones espirituales legítimas” y las que resultan de la interferencia de su “proyecto de vida”. Lógicamente no vamos a analizar en esta tesis toda esta problemática.

¹¹²⁶ En tal sentido, entre otros, CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado...*, cit., pág. 351 y 352.

Por otro lado, ya expresamos en numerosas ocasiones que los principios a aplicarse en estos casos particulares de responsabilidad profesional son los contemplados en la órbita *contractual*. Ello siempre sucederá así cuando el letrado sea demandado judicialmente por su anterior *cliente* supuestamente perjudicado. Por supuesto que no desconocemos que existan casos de responsabilidad extracontractual frente a *terceros*¹¹²⁷, pero tales situaciones no son las que principalmente analizamos en esta tesis. También reiteramos en varias ocasiones que si bien el nuevo Código Civil y Comercial argentino tiende a borrar las diferencias existentes entre ambas órbitas de responsabilidad, no logra concretar dicho cometido sino a medias.

Respecto de la *prueba* del daño moral, como principio general, *debe ser acreditado por quien reclama su reparación*¹¹²⁸. Pero tiene la particularidad que “no es posible producir una prueba directa sobre el perjuicio padecido. La índole espiritual y subjetiva del perjuicio es insusceptible de esta forma de acreditación”¹¹²⁹. Como lo tiene reiteradamente dicho la jurisprudencia “a partir de la acreditación del evento lesivo y del carácter de legitimado activo del actor, puede operar la prueba presuncional e inferirse de manera indiciaria la existencia del daño moral”¹¹³⁰.

Por otro lado, es sabido que en este campo es donde mayor influencia tiene la discrecionalidad judicial, llegando en algún caso, verbigracia, a indemnizarse de una manera excesiva; mientras que en otro “similar” puede suceder que ni siquiera prospere el crédito indemnizatorio por este rubro, o progrese por una suma mínima¹¹³¹.

Si tenemos ello presente -junto a otros motivos-, tal vez se comprenda que en el Derecho francés Geneniève VINEY se pronunció en pro de un sistema de límites o “techos”

¹¹²⁷ Por ejemplo, lo sucedido en el caso “Lloyds TSB. Bank c. F., M. E.”, fallo emanado de la CNCom., Sala E., 10-02-2006, publicado en *J.A.*, 2006-III, 43. Allí se determinó que “Ocasiona un daño moral por su carácter intimidatorio y amenazante la nota con apariencia de cédula judicial que el letrado apoderado del banco enviara a la escuela donde trabajaba la deudora docente, con indicación de la decisión de ejecutar, aviso de embargo, sin indicar monto adeudado ni fijar plazo para recibir el mismo, dando cuenta de la existencia de deuda en mora y de lo infructuoso de las diligencias de cobro intentadas, máxime si la deudora había cuestionado el monto de la deuda”. Es importante resaltar la trascendencia que tiene en estas cuestiones el artículo 8 bis de la ley 26.361, de reforma al régimen de Defensa del Consumidor, en especial cuando tipifica como un supuesto de práctica ilícita aquél referido a los proveedores, quienes “En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial”. Dicha práctica “puede hacer ingresar la responsabilidad del abogado en el ámbito de la ley de defensa del consumidor... (además) si resultaren daños al consumidor la responsabilidad pesará solidariamente sobre el proveedor y el profesional que lo represente”, conf. FRESNEDA SAIEG, Mónica y FRUSTAGLI, Sandra A. “Las prácticas abusivas en la ley de Defensa del Consumidor: implicancias en orden a la responsabilidad profesional del abogado”, en *RCyS*, 2009-IX, pág. 16 y s.s. Por nuestra parte estimamos que ni siquiera hace falta recurrir a este régimen altamente tuitivo para responsabilizar al abogado que actúa en forma abusiva. Con sólo aplicar los principios generales nos alcanza (vg. art. 1071 del Código Civil de Vélez, o art. 10 del nuevo Código Civil y Comercial). De hecho, antes de la sanción de la norma citada ya se penaba tal deplorable proceder. De todas formas, es interesante constatar esta específica contemplación legal, que en la práctica implicará un ejercicio más digno de la profesión, castigando conductas groseras, abusivas, amenazantes, extorsivas, etc., comportamientos que se constituyeron -lamentablemente- en una práctica de “estilo” de muchos colegas. Además, es importante agregar que, amén de la responsabilidad civil por prácticas abusivas que estamos tratando, también se extiende a quien actuare en nombre del proveedor (léase su abogado), la “responsabilidad” por sanciones administrativas y la multa civil, contemplada en el nuevo artículo 52 bis de la Ley 26.361. Sobre este último aspecto puede verse con provecho los trabajos de dos estimados colegas y apreciados amigos, a saber: LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Daños punitivos en el Derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor”, *J.A.*, 2008-II, 1198; COLOMBRES, Fernando Matías, “Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor”, *La Ley*, 2008-E, 1159.

¹¹²⁸ Recordemos que el art. 1744 del nuevo Código argentino determina que el daño debe ser acreditado por quien lo invoca, “excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos”.

¹¹²⁹ PIZARRO, Ramón Daniel, “La prueba del daño moral”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 14, Prueba-II*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1997, pág. 206; con idéntico parecer y aplicado al caso específico de los abogados, ver GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “La responsabilidad profesional del abogado y el resarcimiento del daño moral”, publicado en *RCyS*, 2005, págs. 480 y s.s.

¹¹³⁰ Cám. Nac. Civ., sala G, 19-10-80, “Benítez Gauto de Carnovale, Lourdes c/Botbol, David”, *J.A.* 1981-IV-329. Ver cita 10 del artículo recién mencionado de PIZARRO.

¹¹³¹ Por ejemplo, en la sentencia del 14-5-1999, el Tribunal Supremo concede únicamente como indemnización por daño moral la cantidad de 500.000 pesetas, siendo que se había solicitado la suma de 24.400.000, en una causa en la cual el hijo de los actores falleció ahogado en una piscina municipal y el abogado -finalmente condenado-, luego del archivo de la causa penal, no manifestó a sus clientes la posibilidad de acudir a la sede civil. Ver, ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, “La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores”, *cit.*, págs. 51 y 52. Dicho autor también resalta que este tipo de daños se resarcen con cantidades muy alejadas de las reales, sobre todo cuando éstos se cuantifican en sumas muy elevadas.

en materia de indemnización del daño moral, siempre que -dice la profesora emérita de la Universidad de Paris I, Panthéon/Sorbonne- sea fijado juiciosamente y bajo el control del legislador. Y todo ello porque “es necesario tomar conciencia del hecho de que las sumas que pueden dedicarse, en un momento dado y en un país dado, a la indemnización de las víctimas de daños, no deberían rebasar un cierto límite, más allá del cual el sistema puede perturbar muy gravemente el dinamismo económico”¹¹³².

Ahora bien, la cuestión que aflora es la siguiente *¿será, acaso, que siempre que el profesional que haya actuado en violación a los principios de su lex artis indicados para el caso -ad hoc-, perjudicando con su conducta imperita a su cliente, corresponde que le indemnice el daño moral?* Es decir: probada la mala praxis forense *¿se le condenará inexorablemente al letrado por el supuesto agravio moral inferido a su contratante?*

Una salida extrema para este problema pasará por responder afirmativamente diciendo que *corresponde que el letrado repare a su cliente* el daño moral ocasionado por vulnerar la confianza en aquél depositada, ello debido a que este contrato está basado en la *bona fides* y supone una “confianza especial” entre las partes¹¹³³, llegando incluso a calificarse como un contrato *intuitu personae*.

Por otro lado, con esta inteligencia se podrá afirmar que el profesional del Derecho “debe” responder por el daño moral ocasionado por el “estado de indefensión” que le produjo al cliente la mala práctica de su ciencia¹¹³⁴. Es decir, y como sostiene el Tribunal Supremo en varias de sus resoluciones, puede entenderse que la pérdida de expectativas o de oportunidades procesales -o del derecho al acceso a los recursos, etc.- constituye, *per se*, un daño moral indemnizable¹¹³⁵.

¹¹³² VINEY, G: *La responsabilité: conditions*, en “Traité de droit civil”, dirigido por GHESTIN, t. IV, París, 1982, pág. 88, también citada por Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 115. También puede verse JOURDAIN, Patrice, *Les principes de la responsabilité civile*, 9ª édition, Éditions Dalloz, París, 2014.

¹¹³³ En este sentido podemos encontrar resoluciones que sin brindar demasiadas explicaciones dan acogida a este tipo especial de perjuicio. Así, se entendió que “Resulta procedente otorgar una indemnización por daño moral a los clientes del abogado que dejó transcurrir el plazo de prescripción sin iniciar la acción -en el caso, daños y perjuicios derivados de un transporte benévolo-, pues la pérdida de la confianza depositada y la frustración de una indemnización que ellos consideraban justa afectan sus legítimas expectativas, lo cual debe ser reparado”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 06/04/2005, A., P. L. y otros c. Q., M. I., *La Ley* del 14/07/2005, 7; y que “Es resarcible el daño moral padecido por quienes, al resultar víctimas de un accidente de tránsito, depositaron en un abogado su confianza a fin de obtener un adecuado resarcimiento, si ello fue impedido por la mala gestión del letrado -en el caso, inició la acción al estar ya prescripta y luego la misma perimió-, basada en negligencia en el cumplimiento de su actividad”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 13/12/2004, Burriel, Alfredo H. c. C. de M., G. Y., *La Ley*, 2005-B, 354. Puede verse, además, en DIEGUES, Jorge Alberto, “Responsabilidad del Abogado”, *RCyS*, 2009-XI, 210, casos 13 y 14. Menos razón encontramos en una sentencia que condena al abogado a indemnizar el daño moral ocasionado a su anterior cliente por haberse demorado en iniciar una demanda de daños y perjuicios derivado de un accidente de tránsito, entendiéndose que ello ha vulnerado la confianza de sus patrocinados. Cabe resaltar que en este caso si bien hubo una demora injustificada (sobre todo en la traba de la litis -que duró diez meses-), no se produjo la caducidad de las cautelares ni la perención de la instancia principal, ni ninguna otra objeción que neutralice el trámite del proceso. Pero sí apreció el Tribunal que hubo un daño moral, puesto que los clientes han visto defraudada su confianza depositada en su ex letrado. Coincidimos con el autor del comentario, quien critica esa posición entendiendo que en la especie no se configuró daño moral alguno, debido a que una simple demora en la traba de la litis no puede generar este tipo especial de perjuicio. Por ello es que debemos indagar profundamente cada caso en particular, pero no podemos acoger este tipo especial de perjuicio ante cualquier incumplimiento contractual. Simplemente existirán incumplimientos que lo generen y otros que no. Ver: MAYO, Jorge A., “La responsabilidad del abogado en tres fallos recientes”, en *RCyS*, 2005, pág. 439 y s.s.; *DJ*, 2005-2, págs. 711 y s.s., comentario al fallo emanado de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Jujuy, sala III, 26-10-2004, “Gurriere, Oscar I. y otra c. P., D. A.”. Por último, debemos aclarar que este último fallo que citamos del tribunal jujeño también fue comentado por otro jurista, quien aplaude la decisión recaída en tanto que determina que el letrado ante la circunstancia relatada deba afrontar la condena por el daño moral generado en el cliente, ver: GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “La responsabilidad profesional del abogado y el resarcimiento del daño moral”, publicado en *RCyS*, 2005, págs. 480 y s.s. Como observamos en este caso -amén de otras soluciones más generales- todavía la jurisprudencia no está consolidada. De hecho, la mentada sentencia tiene votos encontrados y los comentarios jurídicos realizados por especialistas en la materia también son disímiles.

¹¹³⁴ En este sentido se ha resuelto que “Existe lesión en los sentimientos o afecciones legítimas de las partes en juicio, cuando la negligente actuación del letrado impidió obtener una sentencia definitiva que posiblemente hubiera sido favorable a sus intereses”, CNac. Civ., sala E, 26-12-91, “Pinheiro de Malerba, Lidia Esther c. N., A. N. s/Ordinario”, publicado en *La Ley*, 1993-A, pág. 63. Claro que no compartimos esta tesitura “liviana”.

¹¹³⁵ Además de las sentencias que citamos tanto en el punto referido al daño “pérdida de chances”, cuanto las mencionadas en el apartado especial de “privación del derecho a una tutela judicial efectiva”, podemos ahora

No vamos a entrar aquí a dilucidar si “todos” los contratos de servicios profesionales “jurídicos” son *intuitu personae*, ni en las diferencias técnicas que existen entre este *intuitu* con la *fiducia* y la infungibilidad de la prestación¹¹³⁶, -cuestión ya analizada en el capítulo segundo-. Sólo mencionaremos que una solución terminante, como la postura que pregona que *siempre* que los abogados que incurran en mala praxis deben reparar el supuesto daño moral ocasionado, no es una tesis válida desde el prisma de la Justicia.

Pero tampoco es acertado proclamar que los profesionales del Derecho imperitos que son demandados en juicios de malas *praxis* *no deban responder nunca por daño moral*, sea porque estemos en el ámbito contractual y su acogida supuestamente es restringida, ya porque jamás provocan este tipo especial de perjuicio.

Rechazados, así, los dos extremos, *no cuadra otra alternativa que una solución intermedia que contemple el análisis caso por caso*. Esto implica que -al igual que lo sostenido respecto del rubro “pérdida de chances”- el juzgador debe analizar el asunto especial que ahora se le reclama al letrado. Por supuesto que el daño moral puede ser el único perjuicio generado en la emergencia (daño moral autónomo), puesto que no tiene porqué relacionarse con los perjuicios materiales¹¹³⁷. Pero siempre, insistimos, se debe investigar profundamente cada caso en particular, con todas sus circunstancias gravitantes. Estamos convencidos que únicamente esta *casuística* puede brindar resultados justos.

Con ello queremos significar que el juzgador debe tener presente, para dar o no dar acogida a este tipo de daño, la naturaleza de la pretensión ejercida; las “promesas” que puede haber realizado el letrado; el tipo de proceso que se trate; en general, la forma y el modo del incumplimiento incurrido; el factor de atribución -culpa o dolo- que imputa al profesional; la preparación y el nivel social, cultural y económico de las partes, antes contratantes y ahora enfrentadas; la suma discutida en el asunto civil o comercial y la importancia que la misma resulte para el cliente; el hecho de encontrarse privado el cliente de una tutela judicial efectiva y la naturaleza de tal privación; las probabilidades que tenía el cliente de ver acogida su pretensión, recurso o defensa; las concretas instrucciones recibidas por parte de su cliente¹¹³⁸; las constancias documentales -su contenido, términos utilizados, prestaciones recíprocas, etc.- que acrediten el vínculo profesional-cliente; etcétera.

También existen otras pruebas complementarias que pueden producirse en el nuevo proceso como ser una pericial psicológica -e incluso psíquica- realizada al cliente perjudicado, una prueba de absolución de posiciones -confesional-, testimoniales, entre otras.

traer a colación estas STSS, de fecha 25-6-1998 en donde considera que la pérdida de expectativas configura un daño moral; o la del 14-5-1999 que se basa en la doctrina de la pérdida de oportunidades, pero concede la indemnización por el daño moral ocasionado. Ver, en este sentido, ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, “La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores”, *cit.*, págs. 51 y 52.

¹¹³⁶ Ver el prólogo realizado por el catedrático Vicente L. MONTES PENADÉS a la obra de Adela SERRA RODRÍGUEZ, *La Responsabilidad Civil del Abogado*, *cit.*, pág. 27, nota 8.

¹¹³⁷ Hace unos años ya se señalaba, con acierto, que “el daño moral puede no existir en determinados casos, aunque los intereses económicos afectados por el conflicto judicial y los perjuicios derivados de la negligencia profesional del abogado o del procurador sean muy importantes. Además el daño moral puede traducirse en un importe económico muy distante del correspondiente a esos intereses y perjuicios económicos, tanto por ser mucho más o mucho menos elevado”, conf. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Responsabilidad de abogados y de procuradores”, *Aranzadi Civil*, 1997, T I, Volumen III, pág. 20. Es evidente, por otro lado, que el Tribunal Supremo no ha seguido esta vía correcta, confundiendo, en general, la doctrina de la “pérdida de chances” con la “privación del derecho a una tutela judicial efectiva” y reparando ese supuesto “daño moral” ocasionado. No es ésta, claro está, nuestra postura, aunque como dejamos debida nota en las últimas sentencias el Tribunal Supremo, al tratar sobre la frustración de una acción judicial, y dado el carácter instrumental que tiene el derecho a una tutela judicial efectiva, el perjuicio será patrimonial o moral según el tipo de acción de que se trate. Por supuesto que tampoco es nuestra postura dicho parecer, aunque debemos reconocer que se avanzó bastante en este tema, como ya dijimos.

¹¹³⁸ En un caso se condenó a la letrada a resarcir el daño moral causado al haber formulado la presentación de una demanda de liquidación de sociedad conyugal, contrariando la expresa voluntad de su cliente de abstenerse de realizar tal presentación. Al actuar contrariando las expresas órdenes de su cliente -lo que se probó debidamente-, el Tribunal entendió que la letrada actuó con malicia (dolo). En este asunto coincidimos con MAYO quien manifestó su conformidad con la sentencia que comentó. Es clara que dicha conducta puede y de hecho generó el agravio moral por el que se reclamaba justificadamente su reparación. Conf. MAYO, Jorge A., “La responsabilidad del abogado en tres fallos recientes”, en *RCyS*, 2005, pág. 439 y s.s.; *DJ*, 2005-2, págs. 711 y s.s., comentario al fallo emanado de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala II, 26-05-2005, “E., B. c. M., C., L. A.”.

Debe quedar claro que *el juez tiene que llegar al convencimiento íntimo que corresponde -o no- brindar acogida a esta pretensión referida al daño extrapatrimonial*¹¹³⁹. Y para ello debe apelar a todos los antecedentes posibles. Con carácter general entendemos que será más factible constatar este perjuicio “espiritual” en los asuntos vinculados con los derechos personalísimos¹¹⁴⁰, con las cuestiones de familia e incluso los vinculados al fuero penal, antes que los puramente patrimoniales¹¹⁴¹. Decimos eso por los intereses en juego. A ello nos referimos cuando mencionamos que el sentenciante debe valorar la “naturaleza” de la pretensión malograda por el abogado demandado. Por supuesto que debe valorarse globalmente toda la actuación profesional referida -mala actuación, en puridad-.

Y si al terreno *extracontractual* nos referimos, es claro que el abogado puede causar con su mal actuar un agravio moral a un *tercero*, por ejemplo, cuando le interpone una demanda temeraria, o le envía una intimidación amenazante -con apariencia de cédula judicial- y ya brindamos varios ejemplos de tal deplorable proceder.

Como observamos la *prudentia iuris* tiene un campo muy fértil en este asunto, ya para tener por configurado este menoscabo jurídicamente resarcible, ya para fijar su *quantum*.

Entonces, sólo cuando de las constancias de autos se determine que existe un agravio moral irrogado y que el mismo, amén de estar vinculado causalmente con la conducta imperita del abogado, sea una consecuencia inmediata del incumplimiento que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de la celebración del contrato, corresponderá admitir este rubro. Por supuesto que si el incumplimiento fue malicioso o doloso (o con culpa grave), el perjuicio cuya reparación ahora se solicita, puede tratarse de una consecuencia mediata previsible (para lo cual también se tomarán en consideración las consecuencias ocasionadas al momento del incumplimiento contractual). En el Derecho argentino, además, debe tenerse presente la regla contenida en el artículo 1725 del Código Civil que amplía el campo de las consecuencias resarcibles en los daños producidos por profesionales, sin que ello implique renunciar a la causalidad, en tanto que presupuesto responsabilizante.

3.2. Daño moral “punitivo”. Casos en los que el abogado actúa con dolo o culpa grave.

Llegados a este punto, nos parece oportuno exponer una idea interesante que comparte cierta doctrina. La misma refiérase a la posibilidad de aplicar en casos de *culpa grave o dolo* una suerte de *pena* al letrado, acumulando esta “sanción” al rubro daño moral por el que debe responder de cara a su cliente -ex cliente en puridad-.

¹¹³⁹ Entre las sentencias que admitieron el resarcimiento del daño moral ocasionado por el letrado a su ex cliente citaremos las siguientes: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 05-10-2004, “Rodríguez, Ignacio C. c/Affatato, Néstor C.”; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 25-10-2004, “Arozamena, María c/Bugeño, Enrique A.”, *La Ley* del 03-06-2005, 8, ambas resoluciones agrupadas por PREVOT, Juan Manuel, *ob. cit.*, n° 2072 y 2073, págs. 466 y 467. Las dos sentencias citadas se refieren a la caducidad de instancia incurrida por el letrado patrocinante, siendo que la primera de ellas únicamente hace mención a que tal situación llevó al actor a la pérdida de la posibilidad de obtener una indemnización, mientras que en el segundo caso ya se especifica que corresponde hacer lugar al reclamo por daño moral puesto que el hecho generador tuvo consecuencias que alteraron el equilibrio espiritual y la personalidad del actor. Este segundo precedente nos convence un poco más, puesto que si estimamos que ante la sola circunstancia de la pérdida de la posibilidad de obtener una indemnización corresponde al letrado reparar el daño moral -sin otras probanzas que acrediten su real existencia-, prácticamente deberíamos hacer lugar al mismo en casi todos los casos de mala praxis “legal”, criterio extremo que no compartimos, como tampoco aplaudimos que casi no existan resoluciones de condena a los profesionales del Derecho en las cuales se le brinde acogida al agravio espiritual ocasionado.

¹¹⁴⁰ En tal sentido se afirmó que “se ha reconocido la reparación del daño moral en casos en los que el incumplimiento profesional provocó en el cliente perdidioso angustias o molestias específicamente relacionadas con el derecho a su imagen, honor y/o dignidad frente a terceros, por ejemplo por su incursión como deudor moroso en bases de datos de acceso público”, conf. WIERZBA, Sandra M., *Responsabilidad civil del abogado*, *cit.*, n° 12, pág. 87.

¹¹⁴¹ Con tal parecer se ha resuelto que corresponde desestimar la indemnización en concepto de daño moral reclamada por el ex cliente contra el letrado que lo asistió en una acción judicial de desalojo, pues más allá de las molestias o el desagrado que puede haberse generado por la demora incurrida por el abogado en el trámite de desalojo, “el daño que efectivamente sufrió fue patrimonial, sin que pueda inferirse del hecho generador y de las circunstancias que lo rodearon repercusión en el espíritu o en los sentimientos que justifiquen la compensación pretendida”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 26/12/2007, Bersi, Silvana Graciela c. Di Cunto, Liliana y otro, sentencia que recopila DIEGUES, Jorge Alberto, “Responsabilidad del Abogado”, *RCyS*, 2009-XI, 210, caso 11.

Como hipotéticos casos mencionaremos un “clásico” referido a aquel en el cual un abogado se pone de acuerdo con la contraparte para “defraudar” a su cliente, sea dejando perimir la instancia, o no recurriendo algunas resoluciones desfavorables y descalificables jurídicamente, no produciendo pruebas de relevancia, etcétera. También encontramos este comportamiento *abogadil*¹¹⁴² “cuando un abogado de una compañía de seguros conteste la demanda incoada contra un asegurado, pero no cite en garantía a la propia aseguradora, de forma tal que, cuando se dictase la sentencia pertinente, la compañía de seguros, no fuera condenada ni se viera obligada a abonar suma alguna”¹¹⁴³.

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza del daño moral. Es decir, acerca de si es meramente “resarcitorio” o si también cumple una función “punitiva”. No repetiremos aquí esta viva polémica. Únicamente diremos que la idea presentada para la mala praxis de los abogados por SOBRINO propone en determinados casos “la aplicación de sanciones a través del daño moral (abarcativo), es decir, que contenga las sanciones pertinentes, de forma tal que... se repare el daño sufrido por la víctima; pero, además, *también se debe merituar la conducta del dañador, para aplicarle las sanciones o daños punitivos pertinentes, para lograr el efecto requerido (v.gr., sancionatorio y disuasorio-preventivo)*”¹¹⁴⁴.

No deja de ser tentadora esta propuesta, pero sinceramente pensamos que nuestros jueces -y porqué no decirlo, nuestras instituciones atinentes a la Justicia- no están aún en condiciones para aplicar este tipo de medidas que, dicho sea de paso, tampoco encuentran apoyatura legal muy clara en sistemas de rango continental europeo, salvo honrosas excepciones como ser el marco brindado para la protección al consumidor, o quizás en cuestiones relacionadas con el medio ambiente o derechos de incidencia colectiva¹¹⁴⁵.

Por cierto que no descartamos (amén del ámbito penal correspondiente -campo que nos resulta ajeno en la presente tesis-) que los Colegios de Abogados apliquen medidas sancionadoras -no sólo de carácter patrimonial-, puesto que tales instituciones son quienes gozan de potestad disciplinaria para castigar a los profesionales en ejercicio por conductas groseramente reñidas con la moral y la legalidad.

A todo ello debemos agregar que *en países como Argentina, España y Francia en realidad se hace un trato muy distinto al profesional que actúa en forma dolosa o con impericia grosera, debido a que a éste nunca se le otorga el trato preferencial que sí se le realiza al deudor simplemente culposo en cuanto a la moderación del quantum indemnizatorio*. Ello, llevado en forma inversa a la idea recién expuesta¹¹⁴⁶, trae en la práctica resultados parecidos.

¹¹⁴² Cuando la conducta del profesional de Derecho es sumamente censurable recurrimos al uso de este adjetivo que tiene una connotación despectiva. Sepan entender los colegas las razones de fondo de este giro idiomático.

¹¹⁴³ SOBRINO, *art. cit.*, págs. 376 y 377. También puede verse en *DJ*, 1992, págs. 290 y s.s.

¹¹⁴⁴ SOBRINO, *art. cit.*, pág. 377.

¹¹⁴⁵ Recordaremos que el Proyecto que luego devino en el nuevo Código Civil y Comercial argentino contemplaba una “sanción pecuniaria disuasiva”, como una atribución que tenía el juez para aplicarla a quien “actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva”, conforme al art. 1714 del mentado Proyecto. Pues a pesar de no aplicarse para estos casos, queremos dejar constancia que por iniciativa del Poder Ejecutivo tal proyectado artículo 1714 se suprimió, vedándole así la función punitiva (en general, o al menos frente a los derechos de incidencia colectiva) al instituto de la responsabilidad civil. Ver, de nuestra autoría: “Cuestiones generales de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial”, *Revista de Anales de Legislación Argentina*, Luis F. P. Leiva Fernández (Director), Año LXXV, n° 27, octubre de 2015, La Ley, Buenos Aires, págs. 173 y s.s.

¹¹⁴⁶ Con la fórmula del daño moral “punitivo” lo que se hace es *sumar* un monto -la pena- a la indemnización debida a la víctima -ex cliente insatisfecho-. Con la aplicación de la facultad moderadora lo que se realiza es *restar* una suma a la reparación ya prevista. Como observamos y con perdón por la ironía, ninguna de las dos alternativas es la “justa”, puesto que en la primera se da más de lo que corresponde y en la segunda no se respeta el principio tan aclamado por algunos referido a la reparación “plena” (que no es igual a reparación “integral”, puesto que guardan diferencias), otorgando al acreedor víctima menor medida que la producida por el perjuicio acaecido. Acaso sea conveniente recordar que ya Aristóteles profesaba que la “virtud” se encontraba en un “justo medio”. Así, sostenía el estagirita que “todo conocedor evita el defecto y el exceso, y busca el término medio y lo prefiere... la virtud, como la naturaleza, es más exacta y mejor que todo arte, tendrá que tender al término medio... entonces hay un término medio y excelente; y en ello radica, precisamente, la virtud... la virtud, entonces, es un término medio o, al menos, tiende hacia el medio... la virtud es, por lo tanto, un modo de ser electivo, al ser un término medio relativo a nosotros, determinado por la razón y por aquello por lo que decidiría un hombre prudente. Es un medio entre dos vicios, uno por exceso y otro por defecto”, conf. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, traducido por Sergio Albano, Gradifco, Buenos Aires, 2008, págs. 53 y 54. Dicho sea de paso, el propio Aristóteles aclara que algunas acciones y pasiones no admiten el término medio y son censuradas por ser malas en sí mismas, y no por sus defectos o excesos. Pero es evidente que el concepto de justo medio

Terminando con lo referido al daño moral anotamos que no tiene ninguna necesidad de guardar relación con el material, puesto que puede ser completamente independiente (daño moral autónomo¹¹⁴⁷), o complementario del mismo, en cuyo caso sería acumulable.

4) Privación del derecho a una tutela judicial efectiva.

Las dificultades inherentes a la configuración y cuantificación de los daños denominados pérdida de chances productivas y agravio moral, han contribuido para que ciertos magistrados directamente prefieran hacer referencia a una clase especial de perjuicio que se configuraría en la mala praxis legal, siendo tal la “privación del derecho a una tutela judicial efectiva”¹¹⁴⁸.

En efecto, *la conducta imperita del letrado ejercida en el ámbito judicial genera una suerte de “indefensión” en el cliente perjudicado*, puesto que éste se encontrará privado de alguna posibilidad de tipo judicial, como podría ser la pérdida de contar con una resolución que trate el fondo del asunto, o la instancia misma, o la posibilidad de revisión, control y modificación por una instancia superior a una sentencia que no favorece a sus intereses en conflicto.

Es verdad que siempre la actuación profesional jurídica imperita implica algún tipo de indefensión, o mala defensa de los intereses a él confiados. El yerro profesional en la acción ejercida, la negligencia probatoria, la caducidad de la instancia cuando viene acompañada con la prescripción de la acción, la presentación fuera del plazo de un recurso o la no presentación del mismo, la omisión en interponer una demanda o hacerlo estando ya prescripta la acción, etcétera, tienen en común un elemento: aniquilan o aminoran sensiblemente las expectativas jurídicas que estaban en cabeza de su cliente.

SERRA RODRÍGUEZ -entre otros autores- nos pasa revista de unas sentencias emanadas de los tribunales españoles en donde se hace referencia a esta privación de la tutela judicial efectiva, derecho consagrado en el art. 24.1 de la Constitución Nacional española. Nos dice la mencionada jurista que “La imposibilidad que padece el cliente de que su asunto, pretensión o recurso sea examinado por un órgano judicial constituye en sí un atentado contra un derecho fundamental reconocido constitucionalmente. La indemnización va dirigida a resarcir el *daño moral* derivado de la indefensión, de la frustración que puede producir la pérdida a la tutela judicial efectiva”¹¹⁴⁹.

Al respecto conviene aclarar que si bien son numerosos los magistrados españoles que siguiendo la postura del Tribunal Supremo entienden que ante estos casos de mala praxis *legal* se vulnera expresamente el derecho a una tutela judicial efectiva¹¹⁵⁰ -incluso llegan a asimilar o confundir dicho concepto con el de “pérdida de chances”-, lo cierto es que el

(*sophrocine*) es el lugar ético por excelencia donde se sitúa el sujeto aristotélico, ya que se encuentra en la proporción justa respecto de los extremos, ya sean éstos por exceso o defecto. Por ejemplo, la mezquindad o tacañería, es el defecto de la generosidad; y el despilfarro, su exceso (según comenta gráficamente el traductor y consultor Albano). En fin, esta idea que la virtud (*areté*) radica en un “justo medio”, también puede traducirse en frases latinas tales como *in medio consistit virtus; in medio stat virtus*; o, simplemente como diría Séneca, *in medio virtus* (en el medio está la virtud).

¹¹⁴⁷ En este sentido con toda claridad se expresó el Tribunal Supremo en la sentencia de fecha 14 de mayo de 1999, Sala Primera, en tanto resolvió que la mala praxis del letrado “originó un daño de índole moral al matrimonio actor -ahora recurrente-, sin que semejante reparación deba hacerse extensiva a daños de distinta naturaleza”. Ver: LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *ob. cit.*, pág. 106.

¹¹⁴⁸ En una excelente obra -tesis doctoral en la Universidad Autónoma de Madrid- se analiza desde otra óptica los daños específicos que puede generar el letrado, y se los clasifica -dejando de lado los más claros, vg. costas y gastos- de esta forma: a) privación de la pretensión; b) pérdida definitiva de la oportunidad de que la pretensión sea estimada por los Tribunales y; c) privación del derecho a que la pretensión sea examinada por los órganos de la jurisdicción. Este último tipo de daño, según la autora, “en ocasiones” generará un daño -moral- por el que deberá responder el letrado, ver: CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado..., cit.*, págs. 357 y s.s., en especial, págs. 401 y s.s.

¹¹⁴⁹ *Ob. cit.*, pág. 328. La cursiva nos pertenece. Allí pueden leerse las sentencias de los jueces españoles en donde se otorga acogida a este tipo especial de daño moral. También recoge una lista importante de resoluciones de Tribunales españoles LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *La responsabilidad del abogado..., cit.*, págs. 402 y s.s., en especial nota 154. Las sentencias *in extenso* obran desde la pág. 437 en adelante. Además, puede leerse una buena cantidad de sentencias, debidamente clasificadas por materia, en LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *ob. cit.*, Editorial SEPIN, Madrid, 2016.

¹¹⁵⁰ Vg. sentencias del Tribunal Supremo del 28 de enero de 1998 (RJ, 1998, 357) y del 7 de abril de 2003 (RJ, 2003, 3003).

Tribunal Constitucional de ese país proclama otra solución. En efecto, es digno resaltar que en varias oportunidades el Tribunal Constitucional entendió que la tutela judicial efectiva se satisface siempre que se obtenga de los tribunales una resolución fundada en derecho, así sea de inadmisión¹¹⁵¹. Ello es importante destacar en los casos de interposición de demanda defectuosa o recurso fuera de plazo¹¹⁵². Primera aclaración.

Por otro lado, también ha resaltado el Tribunal Constitucional que “existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos (como los del artículo 24)”¹¹⁵³. Ello significa que *técnicamente no puede llamarse violación al derecho a una tutela judicial efectiva cuando quienes la cometen no pertenecen ni siquiera a la esfera del Poder Judicial*.

Vale decir que al derivar el daño de una impericia del abogado y no de la actuación de los tribunales -u otros organismos públicos-, en estos casos no estamos en presencia de una vulneración de ese derecho constitucional *quasi*-sagrado. Por ello ciertos jueces y autores prefieren utilizar otras denominaciones o expresiones, tales como “privación del derecho a los recursos”, o “privación del derecho a que las pretensiones litigiosas sean examinadas por los tribunales”¹¹⁵⁴, etcétera.

Ahora bien, creemos que no puede discutirse, por otro lado, que el perjuicio jurídicamente indemnizable puede ser: un daño patrimonial -material-, o extrapatrimonial o moral -inmaterial-. Con estas dos grandes categorías no dejamos lugar a un *tertius genus*, más allá de la existencia de “nuevos daños” -vg., daño a la vida en relación, al goce sexual, daño biológico, daño psicológico, psíquico, daño ambiental, pérdida de chances, etcétera-.

En este orden de ideas, si el cliente resultó ser víctima de una mala práctica legal y de esta forma se encontró privado de una tutela judicial efectiva -o privación del derecho a los recursos o a que se examinen sus pretensiones por los órganos judiciales, etc.-, la cuestión será si ello configurará un daño moral o patrimonial. Pues no quepan dudas que dicha situación generará (no siempre ni mucho menos, cabe advertir) un perjuicio espiritual, como acabamos de transcribir. Pero se tratará de un daño moral “impropio” como acertadamente se ha señalado, pues es indirectamente económico “al repercutir en la esfera patrimonial del lesionado”¹¹⁵⁵.

¿Y cómo se configura y cuantifica este agravio moral impropio o ‘daño material indirecto’? -término este último que no nos convence, pero que fue mencionado en alguna sentencia-¹¹⁵⁶.

Pues existe una tendencia que lo vincula directamente con las *posibilidades reales* que tenía el cliente perjudicado de ganar el pleito o resistir el que se le promovió. Pero esta doctrina no hace más que cambiar el ropaje de la pérdida de chance productiva por el de privación del derecho a una tutela judicial efectiva (o privación del derecho a los recursos, etc.), actitud asimiladora que obviamente no compartimos. De hecho hace unos años BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO criticaba la actitud del Tribunal Supremo español, cuando al comentar dos de sus sentencias, llamaba la atención que en ambos supuestos el daño moral condenado al abogado y procurador pertinentes venían a resultar idénticos al valor económico de las pretensiones insatisfechas¹¹⁵⁷; es decir que simplemente “llamaban

¹¹⁵¹ Pueden verse tres sentencias con igual postura, todas dictadas el mismo día, a saber: 22 de octubre de 1986 (RTC, 1986, 120, 122 y 123, respectivamente).

¹¹⁵² Ver: CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado...*, cit., págs. 402 y 403.

¹¹⁵³ STC del 7 de febrero de 1984 (RTC, 1984, 18).

¹¹⁵⁴ En este sentido pueden verse las numerosas SSTs que citamos en el punto específico de pérdida de chances. A nivel doctrinario ver CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado...*, cit., págs. 357 y s.s.

¹¹⁵⁵ SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *ob. cit.*, pág. 330. Claro que no necesariamente debe guardar vinculación con “lo patrimonial”, pero generalmente sí se comprobará tal característica. También entiende que estamos ante un daño moral, CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado...*, cit., págs. 401 y s.s.

¹¹⁵⁶ SAP de Valencia del 14 de julio de 1997 (*Act. Civ. Audiencias*, núm. 2, 16 al 31 de enero de 1998, marg. 11), citada por SERRA RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pág. 329.

¹¹⁵⁷ Ver: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Responsabilidad de abogados y de procuradores”, *Aranzadi Civil*, 1997, T I, Volumen III, pág.20. Las sentencias del Tribunal Supremo comentadas fueron las del 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871) y del 28 de enero de 1998. La primera referida a la responsabilidad del procurador, quien no se personó en representación de los apelantes en tres recursos de apelación; y la segunda responsabiliza al abogado por presentar fuera de plazo una petición de indemnización al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). Si bien el autor no cuestiona la cuantificación del “daño moral” condenado en ambos casos, llama la atención respecto de su “equiparación” con el valor de las pretensiones insatisfechas,

daño moral por la pérdida del derecho a una tutela judicial efectiva” a lo que nosotros denominados “pérdida de chances”, o con más precisión, en estos casos, “privación de la pretensión”.

También cuadra la posibilidad de tener por *configurado* el daño moral con sólo afirmar que encontrarse privado del derecho a una tutela judicial efectiva (o del derecho a los recursos, etc.) implica esta clase de menoscabo, sin importar si en realidad existían verdaderas expectativas de triunfar -o no perder- judicialmente-. Claro que tampoco compartimos esta tesis, debido a que de esta forma siempre habría que dar acogida a la reparación del agravio moral cuando de mala praxis del abogado tratemos y ello justificado, amén de la violación de la confianza, en la privación al derecho de una tutela judicial efectiva.

Nuestra postura consiste, como lo hicimos con antelación, por valorar esta “privación judicial” como *un elemento más para configurar*, o no, según el caso, el *daño moral* por el que debe responder el letrado imperito¹¹⁵⁸.

La *cuantificación* del mismo, si es que se estimó el agravio moral, ha de ser llevada por el juzgador con suma prudencia -tal como se estima y cuantifica todo perjuicio extrapatrimonial-, sin desatender a ningún elemento verificado en el proceso que dio origen a la mala praxis legal, ni siquiera el referido a las posibilidades reales de ganar judicialmente -o no perder- que tenía el cliente perjudicado. Pero, quede bien en claro, *jamás debe confundirse este eventual daño extrapatrimonial con la “genuina” pérdida de chances*, principal rubro en juego en la mayoría de las malas prácticas forenses.

5) Palabras finales: la necesidad de contratar un seguro de responsabilidad civil profesional.

Con lo manifestado damos por terminada nuestras reflexiones sobre un tema en el cual todavía queda mucho por conquistar. *Recordaremos la necesidad impostergable de contar con un seguro de responsabilidad civil para el ejercicio profesional de la abogacía, esto predicable tanto respecto del abogado individual, cuanto para aquellos que desempeñan su profesión en forma colectiva.* Ello tiene la doble ventaja de resguardar el patrimonio del letrado imperito -y del “equipo” del cual forma parte- y de garantizar al cliente perjudicado la solvencia del profesional -o del *grupo*- sindicado como responsable.

A ello se debe agregar la tarea de “prevención”¹¹⁵⁹ que cumpliría el mentado seguro, función preventiva que puede practicarse al conocer cuáles son los riesgos más comunes a los cuales se expone un letrado, incentivando la atención de éste a través de la imposición de cargas específicas, franquicias o incrementos en las primas¹¹⁶⁰.

remarcando que ello no puede servir como regla general puesto que, entre otros motivos, el daño moral puede no existir en determinados casos, más allá del perjuicio económico generado. Compartimos plenamente su parecer como dijimos con antelación.

¹¹⁵⁸ Se puede decir que, en parte, la nuestra es compatible con la “solución intermedia” que, según la pluma de SERRA RODRÍGUEZ, “viene ofrecida por aquellos pronunciamientos que toman como pautas para cuantificar el daño moral diversos factores, entre los que se encuentran, pero no únicamente, la valoración de las expectativas del cliente, junto con los antecedentes y circunstancias concurrentes en el proceso en que se privó a aquél del acceso a la justicia (a un recurso)”, *La Responsabilidad Civil del Abogado, ob. cit.*, pág. 333.

¹¹⁵⁹ Acaso sea conveniente recordar que el nuevo Código Civil y Comercial argentino tiene como norte, en materia de responsabilidad civil, tanto la *función preventiva* (conf. arts. 1708 y 1710 y s.s.), cuanto la *reparación* del daño ya causado (arts. 1716 y s.s.). Ver: PADILLA, Rodrigo “Cuestiones generales de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial”, *cit.*, págs. 173 y s.s.

¹¹⁶⁰ Conf. STIGLITZ, Rubén S., “Seguro contra la responsabilidad civil profesional”, *cit.*, pág. 98. Tal autor también resalta algunos de los interrogantes que se plantean con relación a su implementación en Argentina, entre éstos: si el seguro contra mala praxis profesional debe ser obligatorio (cuestión que nosotros entendemos que sí: debe ser obligatorio tal seguro); si debe propenderse a la instauración de fondos de garantía; si debe limitarse el reclamo de las víctimas; cuál debe ser el factor de atribución del abogado y si debe asegurarse la culpa grave; si debe admitirse la validez de las cláusulas *claims made*; qué prácticas deben quedar excluida de la cobertura; por último, cuál debe ser la cobertura que contengan las condiciones particulares del contrato según las modalidades que asuma la práctica profesional. Más allá de estas dudas, entendemos que en forma urgente debe implementarse el seguro de responsabilidad civil profesional en aquellos países que, increíblemente, aún carecen de tal.

Además entendemos que *los Colegios de Abogados debieran de bregar por la contratación de un seguro que cubra las malas prácticas forenses de sus colegiados*¹¹⁶¹. Tal seguro “colectivo y obligatorio” se podría sumar al individual de cada profesional particular¹¹⁶².

Como pudimos observar en numerosos países -principalmente europeos- resulta obligatoria la contratación de un seguro de responsabilidad civil -remitimos al capítulo II de esta tesis-. Pues en aquellos países, regiones o provincias en los que no resulte todavía obligatoria tal “modalidad” de ejercicio profesional, la doctrina está incesantemente requiriendo el mismo¹¹⁶³. A ellos nos adherimos con nuestro pequeño aporte.

Ahora sí daremos por finalizada nuestra tesis, esperando que las pocas ideas aquí expuestas sirvan para mejorar el sistema de Justicia y conseguir, así, ese ansiado valor que consiste en dar a cada uno lo suyo¹¹⁶⁴.

¹¹⁶¹ Hace relativamente poco tiempo se ha publicado un artículo en donde se remarcó la necesidad del acceso masivo a la cobertura asegurativa a través del Colegio de Abogados. De hecho, el Instituto de Derecho de Seguros “Dr. Isaac Halperín” constituyó una comisión *ad hoc* para ocuparse de este tema. El objetivo central radica en obtener una póliza de fácil acceso, bajo costo económico, baja franquicia, amplio monto de cobertura, redacción de cláusulas superadoras de las que ofrece el mercado y acceso masivo de colegiados, según palabras de los miembros de dicha comisión y autores del trabajo citado, SCHWARZBERG, Carlos, PENNINO, Luis, “Responsabilidad civil del abogado”, publicado en *RCyS*, 2009-VII, págs. 28 y s.s. Por supuesto que compartimos este parecer, haciendo desde nuestro lugar votos para que se concrete ese mentado y necesario anhelo.

¹¹⁶² Conviene recordar que en el marco de las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, realizadas en el año 1992, se recomendó que “1. Resulta conveniente proyectar un seguro que ampare la responsabilidad profesional del abogado... (y) 3. Los Colegios de Abogados son el vehículo idóneo para la difusión del seguro de responsabilidad entre sus matriculados”. Ya resaltamos en el capítulo segundo la disímil situación de lo que ocurre en Argentina -y otras naciones de la región- respecto de lo contemplado en los países europeos. Por ejemplo, en Inglaterra todos los abogados (*solicitors*) deben estar asegurados en un fondo común de garantía (*Solicitors Indemnity Fund*). En Francia también existe un régimen de seguros conforme lo previsto en el art. 27 de la ley 71/1130. Además, en Europa cualquier persona puede contratar un seguro de “protección jurídica”, que lo mantendrá indemne contra las posibles “costas” que se puedan devengar en futuros procesos, conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, pág. 727, nota 138.

¹¹⁶³ Se expiden expresamente a favor de la necesidad de ejercer la abogacía tutelado con un seguro de responsabilidad civil, entre otros, CASTIGLIONE, Rafael Alberto, “Enfoque sobre la mala práctica profesional de los abogados”, *cit.*, págs. 571 y s.s.; COMPIANI, María Fabiana y STIGLITZ, Rubén S., “De algunas responsabilidades profesionales y su cobertura asegurativa”, *RCyS*, 2007, págs. 205 y s.s.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, *J.A.*, 1993-III, págs. 724 y 725; SCHWARZBERG, Carlos, PENNINO, Luis, “Responsabilidad civil del abogado”, publicado en *RCyS*, 2009-VII, págs. 28 y s.s.; STIGLITZ, Rubén S., “Seguro contra la responsabilidad civil profesional”, *cit.*, págs. 91 y s.s.; WIERZBA, Sandra M., *Responsabilidad civil del abogado*, *cit.*, n° 36 y s.s., págs. 157 y s.s. En el derecho español, puede verse con provecho varias sentencias relacionadas con el “seguro” (que versan sobre la franquicia, el seguro del Colegio Profesional y la póliza individual) de responsabilidad civil de abogados y procuradores que se compilan en la obra tantas veces citada por nosotros de LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *Selección de Jurisprudencia. Responsabilidad civil de abogados y procuradores...*, *cit.*, págs. 321 y s.s. Explayarnos sobre este tema nos conduciría a realizar otra tesis, de allí que remitiremos a dicho texto.

¹¹⁶⁴ En esta nota final creemos digno despedirnos con la famosa definición de “Iustitia” que nos legó Ulpiano conocida mundialmente a través del Digesto del Emperador Justiniano. Al respecto sostuvo que “La Justicia es una voluntad firme y perpetua de dar á cada uno lo que le pertenece” (*Ulpianus libro I, Regularum. - Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*). También merece citarse los “principios del derecho”, que menciona a continuación de esa definición de *Iustitia*, siendo éstos, “vivir como se debe, no hacer daño á otro, y dar á cada uno lo que es suyo” (*Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*). Se puede decir que nuestro primer capítulo estaba destinado a cubrir el primer mandato; mientras que el resto se ocupaba primordialmente de los otros dos. Ver: GÓMEZ MARÍN, Manuel y GIL Y GÓMEZ, Pascual, *El Digesto del Emperador Justiniano, en castellano y latín, traducido y publicado en el siglo anterior por el licenciado Don Bartolomé Agustín RODRÍGUEZ DE FONSECA*, nueva edición, Tomo I, Imprenta de Ramón Vicente, Madrid, 1872, pág. 33, n° 10.

6) Conclusiones sobre el daño que debe reparar el abogado imperito.

- 1) El profesional del Derecho “puede” responder de cara a su cliente por mala praxis “legal” de los siguientes daños: gastos y costas procesales; pérdida de chances; y daño moral. No configura un daño “autónomo” el concepto de privación del derecho a una tutela judicial efectiva.
- 2) El daño denominado “pérdida de chances” existe cuando una oportunidad o esperanza, con visos de razonabilidad, de lograr una ventaja o evitar una pérdida, es frustrada por la conducta imperita del letrado. En su configuración y valuación el juez no debe desatender ninguna particularidad que pueda presentar el caso sometido a estudio. En especial debe realizar un “juicio sobre el juicio” y calcular en la medida de lo posible el coeficiente de *chances reales* que tenía el cliente perjudicado.
- 3) En nuestra concepción la “chance” no conlleva un problema irresoluble de causalidad -ni física, ni jurídica-, sino que se trata de un tipo especial de perjuicio. Lo que se indemniza es justamente esa chance, en tanto que bien vulnerado que pertenecía a la esfera de la persona dañada. De allí que el análisis causal deba hacérselo, retrospectivamente, desde la chance frustrada (daño, efecto) hacia la conducta imperita del letrado (acción, causa). Allí debe ponderarse si existe o no una causalidad adecuada -o criterios objetivos de imputación-, previo paso de constatar que la conducta del sindicado como responsable fue una *conditio sine qua non* del daño irrogado. Ello significa que no existe “relajamiento ni renuncia” a la causalidad pues lo que se trata es de indemnizar dicha chance.
- 4) Además, no es lógico realizar el análisis causal desde el “daño final” -el cual en puridad no es daño, ni final- hacia su causa, la conducta negligente del letrado, pues dicho primer punto de conexión no existe. Por ello predicamos que el análisis causal, como se dijo, debe partir desde la chance misma, ente ideal y patrimonial, según sostiene la teoría ontológica a la cual nos adherimos y que tiene su fundamento legal en Argentina en el art. 1739, *in fine*, de su nuevo Código Civil y Comercial.
- 5) Tampoco existe, según nuestro parecer, ninguna clase de “indemnización parcial, fraccionada o proporcional”, tal como proclama la teoría de la causalidad probabilística. Ello pues lo que se pretende es justamente resarcir la chance en base a su “coeficiente de probabilidad” de ser factible.
- 6) Ello no implica desconocer que también deba realizarse un análisis probabilístico entre la chance aniquilada y el beneficio final esperado. Tal análisis es necesario puesto que sólo se indemnizan las chances reales, serias, factibles, probables (y no sólo posibles), de cierta entidad o consistencia. Pero éste no constituye un problema genuinamente causal. Por cierto, de ambos análisis, combinados, surgirá el valor que corresponde indemnizar por pérdida de chances. Se puede sostener que nos enfrentamos a un doble análisis probabilístico, pero sin ninguna renuncia a los postulados clásicos de la causalidad.

- "
- 7) Por último, recordaremos la necesidad impostergable de contar con un seguro de responsabilidad civil para el ejercicio profesional de la abogacía, esto predicable tanto respecto del abogado individual cuanto para aquellos que desempeñan su profesión en forma colectiva. Ello tiene la doble ventaja de resguardar el patrimonio del letrado imperito -y del equipo del cual forma parte- y de garantizar al cliente perjudicado la solvencia del profesional -o del *grupo*- sindicado como responsable.

Conclusiones finales:

CAPÍTULO I: MISIÓN, DERECHOS Y DEBERES DEL ABOGADO.

- 1) Además del rol “parcial” del abogado al asesorar, representar, patrocinar, aconsejar o defender a una persona determinada, no debe perderse de vista que también es, al mismo tiempo, un “auxiliar” de la Justicia y que esta función social al servicio del derecho de la Justicia es fundamental para consolidar el Estado de Derecho.
- 2) El abogado en su ejercicio profesional puede incurrir en responsabilidad de tipo civil, penal y disciplinaria, entre otras posibles. Remarcamos, además, que el orden moral y el jurídico se relacionan e influyen recíprocamente, hasta tal punto que la transgresión a un precepto que integra la denominada “ética profesional” puede generar responsabilidad de naturaleza civil, si se constata la presencia de los demás requisitos responsabilizantes. Es decir que configura el presupuesto llamado comúnmente como “antijuridicidad”, hoy presumida en el nuevo Código Civil y Comercial argentino a partir de la presencia del daño si no está justificado (conf. art. 1717 CCC).

CAPÍTULO II: LA IMPUTABILIDAD PROFESIONAL (1).

- 3) La relación jurídica que se entabla entre el profesional liberal y su cliente está basada en la confianza o fiducia que deposita éste sobre aquél. Por ello este contrato es de los denominados *intuitu personae*. Nota característica, cumple aclarar, que en estos tiempos se está desdibujando. En efecto, la confianza del profano hoy está depositada en el prestigio de la “empresa profesional” -o despacho colectivo- y no tanto en el profesional concreto o específico con el que contrata. Se puede afirmar que el *intuitu personae* está siendo desplazado por el *intuitu “empresarial”*.
- 4) Tradicionalmente el ejercicio de las profesiones liberales se lo hacía en forma individual. Ello traía aparejado una responsabilidad personal, la que era directa -por hechos propios- y por supuesto que contractual (aunque en su génesis fue aquiliana). Hoy, sin embargo, tanto el abogado generalista o “clínico”, cuanto aquél que ejerce la profesión en forma individual, son especies en extinción. En efecto, el abogado en su desenvolvimiento profesional suele valerse de auxiliares, dependientes y sustitutos. También el mismo letrado puede ser dependiente de otra persona -vg. una empresa o el Estado-. Además, existe una realidad innegable: los despachos colectivos, las sociedades de profesionales y los estudios multidisciplinarios.
- 5) Por otro lado, es claro que en general los ordenamientos de los distintos países - con la excepción del Código del Consumidor brasileño- excluyen la aplicación de las normas tuitivas de defensa del consumidor cuando de profesionales liberales se trate. Ello en razón que tales profesionales pueden ser denunciados -amén de la vía judicial- ante los Colegios Profesionales que nuclean a los mismos. En tal

plano, los Tribunales de Ética aplicarán al profesional la sanción pertinente, si correspondiere. Todo ello con la salvedad que la “publicidad” que hagan tales profesionales, así como la incorporación de “cláusulas abusivas” a sus relaciones, habilitará para el cliente perjudicado la aplicación de las normas de protección del consumidor.

CAPÍTULO III: LA IMPUTABILIDAD PROFESIONAL (2).

- 6) La responsabilidad profesional tiene los mismos principios que rigen en la responsabilidad civil en general, aunque con algunas peculiaridades propias. De hecho, la culpa profesional es una manifestación de la culpa común pero aplicable a un sujeto capacitado en alguna rama del saber. En razón de ello es que el profesional ha de responder siempre que cause un daño a su co-contratante, vinculado causalmente con su comportamiento y se constate un defecto en la conducta obrada respecto de lo que debería haber realizado un profesional diligente (perito) en esas mismas circunstancias (conducta debida). Para ello se deberá formar un modelo profesional con la finalidad de acreditar, con su comparación, una probable mala praxis. No contribuye a este fin la discutida clasificación obligacional que las divide en medios y resultado.
- 7) Además, no es válido predicar que la llamada “culpa profesional” (o culpa *del* profesional) sea una especie particular de culpa, harto distante de la común aplicable al profano. Por lo tanto, el profesional ha de responder civilmente cuando incurra en un defecto en el cumplimiento de la prestación exigible, teniendo siempre presente las condiciones de las personas, del tiempo y del lugar, además de la naturaleza misma de la obligación, claro está (conf. arts. 512, 902 y 909 del Cód. Civ. de Vélez y arts. 1724 y 1724 del nuevo Código argentino; y art. 1104, 1ª parte, Cód. Civ. de España). Y responde por culpa leve, amén de la grave y del dolo, al igual que cualquier indocto.
- 8) Este apartamiento de la conducta debida ha de configurar un defecto o desviación del comportamiento profesional respecto de la conducta normativamente impuesta. Debe quedar claro que existe un solo modelo que se corresponde con la culpa leve, referido al buen profesional -el abogado diligente y cuidadoso-. Este modelo único se concretará en cada uno de los infinitos casos que muestra la praxis judicial. No hay grados de culpas y por lo tanto no existe un tránsito de un modelo a otro, sino una distinta integración de la diligencia en atención a las circunstancias implicadas.
- 9) Específicamente en materia de responsabilidades profesionales sólo cabe hablar correctamente de “impericia” -falta de pericia-, si es que se pretende imputar patrimonialmente a un sujeto por defecto de su prestación. En este campo en verdad el género es la impericia, siendo que la misma puede llevarse a cabo sea que el profesional haga menos de lo debido -negligencia-, sea que actúe temerariamente -imprudencia-, ya cause el daño en forma adrede -dolo-. Lo relevante es que siempre se estará transgrediendo principios típicos que derivan de una especial rama del conocimiento humano.
- 10) La famosa clasificación binaria de obligaciones en de medios y resultado, tan difundida en el derecho continental europeo en el siglo pasado, gozó de un campo muy fértil de aplicación en materia de responsabilidades profesionales. No obstante ello, y a pesar de lo predicado en el nuevo Código argentino, bregamos por superar ese tecnicismo jurídico, puesto que pensamos que no es más que una falsa dicotomía. En puridad crea más problemas que soluciones. En tal sentido, es útil reemplazar sus efectos con doctrinas modernas como las de la distribución dinámica de las pruebas y la noción de la *lex artis ad hoc*. La primera operaría en el campo procesal mientras que la segunda en el ámbito material. De esta forma se resolverían con justicia y apoyo legal muchas situaciones en las cuales esta clasificación obligacional deja lagunas.

- 11) En puridad la doctrina de las cargas probatorias dinámicas (o adjudicación a quien se encuentre en mejores condiciones probatorias) debiera ser de aplicación estrictamente excepcional, tal como lo resaltan hasta sus más fervientes defensores. Incluso lo ideal sería que cuente con apoyatura legal, tal como ahora tiene en Argentina (conf. art. 1735 CCC) y sean los jueces “uniformes” en su aplicación, ello para evitar cualquier cuestionamiento de orden constitucional, en especial para resguardar el derecho de defensa en juicio, la garantía del debido proceso legal y la igualdad ante la ley. De todas formas, es claro que dicha doctrina -junto a otras presunciones legales y judiciales- demuestra en forma evidente la crisis que experimenta la teoría de las obligaciones de medios y resultado en tanto que supuesto juez supremo del *onus probandi*.
- 12) Nada de lo recién manifestado se verá resentido habiendo entrado en vigor el nuevo Código Civil y Comercial para la Nación Argentina. Puesto que poca luz nos brinda el mismo con sólo proclamar que la obligación de resultado es de naturaleza objetiva (art. 1723); o que los profesionales liberales están sujetos a obligaciones de hacer, siendo en principio su responsabilidad subjetiva, salvo que se hubiese prometido un resultado concreto (art. 1768 del mentado Código). O la propia disquisición que hace el art. 774 referido a la prestación de un servicio. Sinceramente nada agrega a estas discusiones que seguirán forjándose entre las obligaciones de medios y resultado (cuáles son unas, cuáles otras) y su recepción o rechazo.
- 13) Sí ayuda el mentado nuevo Código en otros aspectos, sobre todo teniendo presente que ahora la finalidad de la responsabilidad civil no se circunscribe sólo a reparar daños, sino también a prevenirlos. Además, es de suma utilidad la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual con el extracontractual (con las diferencias que aún subsisten, vg. art. 1728) y los nuevos parámetros que deben tenerse en consideración respecto de los requisitos responsabilizantes. También resulta de interés resaltar la responsabilidad del principal (vg. Despacho Colectivo o abogado principal) por el hecho de sus dependientes o de las personas por las cuales se sirve (vg. pasantes de pluma) para el cumplimiento de sus obligaciones; resultando dicha responsabilidad concurrente (arts. 850, 1751, 1753 y s.s.) y objetiva (según nuestra opinión se trata de una responsabilidad “mixta”). Aunque, como lo venimos sosteniendo, es poco feliz la mención a la clasificación binaria de las obligaciones en de medios y resultado.
- 14) Todas las obligaciones son de medios y resultado a la vez. Medios en tanto comprometen el actuar diligente del sujeto en cuestión -se trate de un deudor profesional, o de un deudor profano-; y de resultado puesto que tienden a la consecución de la prestación, en tanto que “contenido” de la obligación, sea ésta de dar, sea de hacer o no hacer. De esta forma se brinda satisfacción al interés del acreedor que constituye el “objeto” de la obligación. Lo que sucede es que existen contratos que generan distintas obligaciones según el tipo contractual de que se trate.
- 15) Además, si no se consigue dar satisfacción al interés del acreedor, habrá que analizar si lo fue por culpa del deudor, o si pesa sobre el mismo algún factor atributivo de color objetivo. Ello según si su responsabilidad es subjetiva u objetiva, sirviendo para eximir de responsabilidad al agente demostrar, en el primer caso, la prueba de su actuar diligente (no culpa) y en los dos acreditar el *casus* -que rompe la cadena causal-. Por supuesto que descartamos de plano algún tipo de factor de atribución objetivo que pese sobre el profesional del Derecho.
- 16) En definitiva: siempre se deberá analizar el comportamiento de la persona (conducta obrada) con respecto a lo que debería haber realizado (conducta debida), sirviendo en el campo profesional como arquetipo comparativo el modelo del buen profesional o artifice (con base en la *lex artis*) en lugar del *bonus pater familias*. Pero insistimos, jamás resolverá esa dupla obligacional todos los supuestos que la vida, la realidad, trae consigo.

CAPÍTULO IV: LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y EL DAÑO.

- 17) La causalidad cumple en el ámbito de la responsabilidad civil dos funciones: la primera, en tanto que “presupuesto responsabilizante”, sirve para la imputación del daño *-an respondeatur-*; y la segunda finalidad es fijar el límite de las consecuencias (daños) reparables *-quantum respondeatur-*. La teoría de la relación de causalidad adecuada es fundamental para constatar la primera función referida. En cuanto a la última, es menester recurrir a los Códigos de fondo que tratan esta cuestión y atenerse a lo allí predicado, en especial lo referido a la clasificación de las consecuencias y al distinto trato brindado al deudor culposo respecto del doloso.
- 18) El profesional del Derecho “puede” responder de cara a su cliente por mala praxis “legal” de los siguientes daños: gastos y costas procesales; pérdida de chances; y daño moral. No configura un daño “autónomo” el concepto de privación del derecho a una tutela judicial efectiva.
- 19) El daño denominado “pérdida de chances” existe cuando una oportunidad o esperanza, con visos de razonabilidad, de lograr una ventaja o evitar una pérdida, es frustrada por la conducta imperita del letrado. En su configuración y valuación el juez no debe desatender ninguna particularidad que pueda presentar el caso sometido a estudio. En especial debe realizar un “juicio sobre el juicio” y calcular en la medida de lo posible el coeficiente de *chances reales* que tenía el cliente perjudicado.
- 20) En nuestra concepción la “chance” no conlleva un problema irresoluble de causalidad -ni física, ni jurídica-, sino que se trata de un tipo especial de perjuicio. Lo que se indemniza es justamente esa chance, en tanto que bien vulnerado que pertenecía a la esfera de la persona dañada. De allí que el análisis causal deba hacérselo, retrospectivamente, desde la chance frustrada (daño, efecto) hacia la conducta imperita del letrado (acción, causa). Allí debe ponderarse si existe o no una causalidad adecuada -o criterios objetivos de imputación-, previo paso de constatar que la conducta del sindicado como responsable fue una *conditio sine qua non* del daño irrogado. Ello significa que no existe “relajamiento ni renuncia” a la causalidad pues lo que se trata es de indemnizar dicha chance.
- 21) Además, no es lógico realizar el análisis causal desde el “daño final” -el cual en puridad no es daño, ni final- hacia su causa, la conducta negligente del letrado, pues dicho primer punto de conexión no existe. Por ello predicamos que el análisis causal, como se dijo, debe partir desde la chance misma, ente ideal y patrimonial, según sostiene la teoría ontológica a la cual nos adherimos y que tiene su fundamento legal en Argentina en el art. 1739, *in fine*, de su nuevo Código Civil y Comercial.
- 22) Tampoco existe, según nuestro parecer, ninguna clase de “indemnización parcial, fraccionada o proporcional”, tal como proclama la teoría de la causalidad probabilística. Ello pues lo que se pretende es justamente resarcir la chance en base a su “coeficiente de probabilidad” de ser factible.
- 23) Ello no implica desconocer que también deba realizarse un análisis probabilístico entre la chance aniquilada y el beneficio final esperado. Tal análisis es necesario puesto que sólo se indemnizan las chances reales, serias, factibles, probables (y no sólo posibles), de cierta entidad o consistencia. Pero éste no constituye un problema genuinamente causal. Por cierto, de ambos análisis, combinados, surgirá el valor que corresponde indemnizar por pérdida de chances. Se puede sostener que nos enfrentamos a un doble análisis probabilístico, pero sin ninguna renuncia a los postulados clásicos de la causalidad.
- 24) Por último, recordaremos la necesidad impostergable de contar con un seguro de responsabilidad civil para el ejercicio profesional de la abogacía, esto predicable tanto respecto del abogado individual cuanto para aquellos que desempeñan su profesión en forma colectiva. Ello tiene la doble ventaja de resguardar el patrimonio del letrado imperito -y del equipo del cual forma parte- y de garantizar

al cliente perjudicado la solvencia del profesional -o del grupo- sindicado como responsable.

BIBLIOGRAFÍA:

- AGOGLIA, María Martha, “Análisis comparativo de la responsabilidad de los profesionales en el Código de 1871 y en el vigente”, en *Revista de Derecho de Daños, 2016-3, Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, págs. 67 y s.s.
- AGOGLIA, María M. - BORAGINA, Juan C. - MEZA, Jorge A., *Responsabilidad por incumplimiento contractual*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993.
- ALBANÉS MEMBRILLO, Antonio, “La responsabilidad civil del abogado”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, N° 11, 3ª Época, febrero de 1999, págs. 79 y s.s.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *La Sociedad Profesional de Abogados*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2005.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen – JAIMEZ TRASSIERRA, María del Carmen y OLARTE ENCABO, Sofía, *Las formas societarias del despacho colectivo de abogados*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1992.
- ALFERILLO, Pascual E., autor de las glosas a los artículos 1708 al 1780 en ALTERINI, Jorge H. (Director general), ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, tomo VIII, arts. 1708 a 1881. Otras fuentes de las obligaciones. Directores del tomo Pascual E. Alferillo, Osvaldo R. Gómez Leo y Fulvio G. Santarelli*, La Ley, Buenos Aires, 2015, págs. 106 y s.s.
- “Jurisprudencia de la Provincia de San Juan”, en *Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y procuradores)*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, págs. 505 y s.s.
- “La responsabilidad profesional y las normas que regulan las profesiones”, en *Revista de Derecho de Daños, 2016-3, Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, págs. 149 y s.s.
- ALONSO PÉREZ, Mariano, “La relación médico-enfermo, presupuesto de la responsabilidad civil”. (En torno a la “lex artis”), en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Juan Antonio Moreno Martínez (Coordinador), Dykinson, Madrid, 2000, págs. 13 y s.s.
- ALTERINI, Atilio Aníbal, “El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual”, en *Derecho de Daños*, La Ley, Buenos Aires, 1992.
- *Responsabilidad Civil. Límites de la Reparación Civil. Contornos Actuales de la Responsabilidad Civil*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.
- “Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil”, *La Ley*, 2012-D, pág. 1160.
- ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de las Obligaciones. Civiles y Comerciales*, 4ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- ALTERINI, Atilio Aníbal - LÓPEZ CABANA Roberto, “Responsabilidad civil de los profesionales”, en *Temas de responsabilidad civil*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.
- “Responsabilidad profesional: el experto frente al profano”, en *Derecho de Daños*, La Ley, Buenos Aires, 1992.

ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., comentario al art. 774 del nuevo Código argentino en ALTERINI, Jorge H. (Director general), ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, tomo IV, arts. 724 a 956. Obligaciones en general. Directores del tomo Félix A. Trigo Represas y Rubén H. Compagnucci de Caso*, La Ley, Buenos Aires, 2015, pág. 230.

“Obligaciones de resultado y de medios”, en *Enciclopedia Jurídica Omega*, t. XX.

ALTERINI, Juan Martín, “La responsabilidad del abogado en el marco de la teoría de las obligaciones de resultado atenuadas”, publicado en *RCyS*, 2001, págs. 418 y s.s., y en *La Ley on line*.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional*, Zeus S.R.L., Rosario, 2003.

ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María, “La mujer abogada”, en *El papel del abogado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Universidad Americana de Acapulco, Porrúa, México, 1999.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, “La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores”, en *La responsabilidad civil profesional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2003.

AMEAL, Oscar J. (ver: ALTERINI - AMEAL - LÓPEZ CABANA).

ANAYA, Jaime L., “La sociedad de profesionales”, en *El Derecho*, t. 123, págs. 272 y 273.

ANDORNO, Luis O., “La responsabilidad de los abogados”, en *Derecho de Daños*, Félix A Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz (Directores), La Rocca, Buenos Aires, 1989.

- “La responsabilidad de los abogados en los Proyectos de Reforma del Código Civil”, en *Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, págs. 165 y s.s.

ANDRUET, Armando S. (h.), *Ejercicio de la abogacía y deontología del Derecho*, Alveroni Ediciones, Córdoba -Argentina-, 2001.

ARIAS CÁU, Esteban Javier (ver: PADILLA - ARIAS CÁU).

AROZA, José M, “Aspectos de la responsabilidad civil de los abogados”, *LLBA*, 2003, págs. 1103 y s.s. y en *La Ley on line*.

BADOSA COLL, Ferrán, “La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil”, *Studia Albornotiana* dirigidos por Evelio Verdera y Tuells, N° LI, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987.

BARBADO, Patricia Viviana, “La culpa. Jurisprudencia Nacional”, *Revista de Derecho de Daños, 2009-1, La culpa -I*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, págs. 303 y s.s.

- “La pérdida de la chance. Jurisprudencia nacional”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, págs. 281 y s.s.

BARBIER, Eduardo A. – VERGARA, Leandro, “Responsabilidad del abogado”, en *Responsabilidad profesional*, t. 2, Carlos A. Ghersi (Director), Astrea, Buenos Aires, 1995, págs. 1 y s.s.

BARRAZA, Javier Indalecio, “Una sentencia paradójica. La responsabilidad de los profesionales”, *La Ley* 2000-E, págs. 285 y s.s.

BECCAR VARELA, Damián F., “Las nuevas reglas de ética profesional”, en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, tomo 66, N° 1, Julio 2006, págs. 113 y s.s.

BELLUSCIO, Augusto César, “Obligaciones de medios y de resultado. Responsabilidad de los sanatorios”, en *La Ley*, 1979-C, págs.19 y s.s.

BELLUSCIO, Augusto César (Director) - ZANNONI, Eduardo (Coordinador), *Código Civil y Leyes complementarias, Comentado, Anotado y Concordado, Tomo 5*, Astrea, Buenos Aires, 1984.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, “Responsabilidad civil de abogados y de procuradores”, *Aranzadi Civil*, 1997, Tomo I, Vol. III, págs. 20 y s.s.

- “Vía libre al pacto de cuota litis”, *Aranzadi Civil, 2004, Volumen II, Tomo XIII*, págs. 1940 y 1941.

BIELSA, Rafael, *La Abogacía*, ex Libris, Buenos Aires, 1934.

BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, “Naturaleza de la relación entre abogado y cliente”, en *Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los*

- profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, págs. 129 y s.s.
- “La responsabilidad del abogado frente al cliente en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho de Daños, 2016-3, Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, págs. 187 y s.s.
- BUERES, Alberto J., “La apreciación de la culpa en la responsabilidad de los profesionales”, en *Revista de Derecho de Daños, n° 8, Daños profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe – Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.
- “La culpa profesional”, en *Las responsabilidades profesionales, libro homenaje al Dr. Luis O. Andorno*, Augusto M. Morello y otros (Coordinadores), Platense S.R.L., La Plata, 1992.
- *La responsabilidad civil de los médicos*, 1ª ed., Ediciones Ábaco, Buenos Aires, 1979.
- *La responsabilidad civil de los médicos*, 2ª ed. actualizada, 1ª reimpresión, dos tomos, Ediciones Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1994.
- *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*, Ábaco, Buenos Aires, 1981.
- *Responsabilidad civil del escribano*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984.
- BUERES, Alberto J. y CALVO COSTA, Carlos A. “La responsabilidad de los escribanos por infracción a la fe de conocimiento”, en *Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, págs. 185 y s.s.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, “El maestro de Derecho (magister-juris), en *El papel del abogado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Universidad Americana de Acapulco, Porrúa, México, 1999.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 5ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de ‘lex artis’ y la carga de la prueba” (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1990), en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pág. 909.
- *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993.
- CALAMANDREI, Piero, *Demasiados Abogados*, Traducido por Joseph Xirau, Edición de Librería El Foro, Buenos Aires, 2003.
- *Elogio de los Jueces, escrito por un Abogado*, estudio preliminar de Marcelo Bazán Lazcano, traducción de la tercera edición italiana de Firenze publicada por Le Monnier realizada por Ayerra Redín, Santiago Sentís Melendo y Conrado Finzi, Librería El Foro, Buenos Aires, 1997.
- CARLI, Carlo, *Derecho Procesal*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- CARNICER DÍEZ, Carlos, “Normas deontológicas”, en *Comentarios al Estatuto General de la Abogacía Española*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, págs. 200 y s.s.
- CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XV, vol. 1*, dirigidos por M. Albaladejo García, Edersa, Madrid, 1989.
- CASADO DÍAZ, Susana, “Jurisprudencia relativa a la responsabilidad civil de los Abogados (1996-1998)”, *Aranzadi Civil*, 1999, vol. II, Tomo VIII, págs. 1772 y s.s.
- CASIELLO, Juan José, “La extensión del deber de reparar en la responsabilidad profesional”, en *Las responsabilidades profesionales, libro homenaje al Dr. Luis O. Andorno*, Augusto M. Morello y otros (Coordinadores), Platense S.R.L., La Plata, 1992.
- CASTIGLIONE, Rafael Alberto, “Enfoque sobre la mala práctica profesional de los abogados”, *La Ley NOA*, 2007 (junio), págs. 571 y s.s.; y en *La Ley on line*.
- CASTRO DURÁN, Ricardo Manuel, “Los pactos limitativos de la responsabilidad civil del abogado”, en *Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe – Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, págs. 151 y s.s.
- CERVERA MARTÍNEZ, Marta, “Responsabilidad civil del abogado”, publicado en *RCyS*, 2006, págs. 340 y s.s.; y en *La Ley on line*.

- CHABAS, François, “La pérdida de una chance en el derecho francés”, traducido por Aída Kemelmajer de Carlucci, *Jurisprudencia Argentina*, 1994-IV, págs. 928 y s.s.
- “La perte d’une chance en droit français”, en *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Zurich, 1991.
- CHABAS, François, (ver: MAZEAUD - CHABAS).
- CHIAPPINI, Julio O., *Derechos y deberes de los jueces y abogados*, Editorial Jurídica Panamericana, Santa Fe, 2003.
- (ver: PEYRANO - CHIAPPINI).
- CHIOVENDA, José, *La condena en costas*, Traducción de Juan A. de la Puente y Quijano, notas y concordancias con el Derecho español por J. R. Xirau, Biblioteca de la revista de Derecho Privado, Serie B., Vol. VI, Madrid, 1928.
- CIPRIANO, Néstor Amílcar, *Misión y jerarquía de abogados y jueces y otros estudios de derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1990.
- CÓDIGO CIVIL ALEMÁN. *BÜRGERLICHES GESETZBUCH*, traducción bajo la dirección del Dr. Albert Lamarca Marquès, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.
- Código Civil, Decreto legislativo 295 (25/07/1984)*, Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2013.
- CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto 191/2011. Ricardo Luis Lorenzetti (Presidente), Elena Higston de Nolasco, Aída Kemelmajer de Carlucci. Presentación del Proyecto por parte de Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, 1ª edición, Santa Fe, 2012.
- CÓDIGOS ESPAÑOLES. *Concordados y anotados. Tomo segundo. Código de las Siete Partidas, tomo I que contiene la primera y segunda Partida*, Imprenta de la Publicidad a cargo de M. Rivadeneyra, Madrid, 1848.
- COLOMBRES, Fernando Matías, “Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor”, *La Ley*, 2008-E, págs. 1159 y s.s.
- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho de Daños, 2015-2, Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015, pág. 65 y s.s.
- COMPIANI, María Fabiana y STIGLITZ, Rubén S., “De algunas responsabilidades profesionales y su cobertura asegurativa”, publicado en *RCyS*, 2007, págs. 205 y s.s. y en *La Ley on line*.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, *Derecho de Daños*, 2ª ed. corregida, ampliada y puesta al día, Bosch, Barcelona, 1999.
- COUTURE, EDUARDO J., *Los mandamientos del Abogado*, Depalma, Buenos Aires, 1966.
- *Vocabulario Jurídico, con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo*, edición al cuidado de Jorge Peirano Facio y José Sánchez Fontáns, 6ª reimpresión, Depalma, Buenos Aires, 1997.
- CRESPO MORA, María Carmen, *La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil*, Thomson Civitas (Editorial Aranzadi S.A.), Navarra, 2005.
- CUETO RÚA, Julio C., “El buen abogado litigante”, en *La Ley*, 1998-C, págs. 712 y s.s.
- DAL MASCHIO, E. A., *PLATÓN. La verdad está en otra parte*, de la colección “Salvat” bajo la dirección de Manuel Cruz, Editorial Salvat, Barcelona, España, 2017 y que también se distribuye en Argentina, México y Perú.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Algunas previsiones sobre el futuro de la Responsabilidad Civil -con especial atención a la reparación del daño-*, Civitas, Madrid, 1995.
- *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Universidad de Deusto, Civitas, Madrid, 1993.
- DE CUPIS, Adriano, *Il Danno. Teoría Generale della Responsabilità Civile*, Milano, 1946.
- DEMOGUE, René, *Traité des Obligations en general, t. I, parte préliminaire*, Librairie Arthur Rousseau, París, 1923.
- *Traité des Obligations en general*, t. V, Librairie Arthur Rousseau, París, 1925.
- DE NOVA, Giorgio, *Codice Civile e Leggi Collegate*, Zanichelli, Milano, 1993.

DÍAZ, Eduardo A., "Responsabilidad del abogado por la confección de escritos. Casuística jurisprudencial", en *elDial.com*, Biblioteca Jurídica Online, Suplemento de práctica profesional, 03-02-2010, año XII.

DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, "Responsabilidad del abogado que deja perimir la instancia", en *Jurisprudencia Argentina*, 1945-I-483 y s.s.

DIEGUES, Jorge Alberto, "Responsabilidad del Abogado", *RCyS* 2009-XI, 210, y en *La Ley on line*.

ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, novísima edición, corregida notablemente, y aumentada con nuevos artículos, notas y adiciones sobre el derecho americano, por Juan B. Guim, Librería de la Vda. de C. Bouret, París-México, 1907.

FARINA, Juan María, "Agrupaciones entre abogados para el ejercicio profesional", en *La Ley*, 1997- B, págs. 1014 y s.s.

FRADES DE LA FUENTE, Eva, "*La responsabilidad profesional frente a terceros por consejos negligentes*", Dykinson, Madrid, 1999.

FRESNEDA SAIEG, Mónica y FRUSTAGLI, Sandra A. "Las prácticas abusivas en la ley de Defensa del Consumidor: implicancias en orden a la responsabilidad profesional del abogado", en *RCyS* 2009-IX, pág. 16 y s.s. y en *La Ley on line*.

GALDÓS, Jorge M., BIONDA, Rodrigo E., "La fisonomía de la culpa en los albores del tercer milenio y desde la óptica de la Corte Suprema bonaerense", en *Revista de Derecho de Daños*, 2009-1, *La culpa -I*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, págs. 159 y s.s.

GALINGO GARFIA, Ignacio, "El abogado litigante. Algunas reflexiones", en *El papel del abogado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Universidad Americana de Acapulco, Porrúa, México, 1999.

GARCÍA VARELA, Román, "La conducta desidiosa del abogado y la responsabilidad civil", en *La Ley (España)*, D-324, pág. 2265, diario 4692 de 14 de diciembre de 1998.

- "Responsabilidad Civil de los Abogados", *La Ley (España)*, T 1998-3, D-135, pág. 1527.

GARCÍA VELASCO, I., *La libertad de ejercicio de la profesión de la abogacía en la CEE*, Salamanca 1992.

GARGAGLIONE, Elvira Lucía, *Código de Ética de los Abogados, comentado (doctrina-jurisprudencia)*, Editorial Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires, 1996.

GASPAROTTI, Viviana Inés, "La Culpa. Provincia de Tucumán", en *Revista de Derecho de Daños*, 2009-1, *La culpa -I*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, págs. 455 y s.s.

GATTARI, Carlos Nicolás, *Abogado. Escribano. Juez. Mediador. Registrador*, Depalma, Buenos Aires, 1998.

GAY MONTALVO, Eugenio, "El largo camino hacia un nuevo Estatuto General de la Abogacía: novedades y permanencias", en *Comentarios al Estatuto General de la Abogacía Española*, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

GHERSI, Carlos A., "La responsabilidad del abogado. Diferencia entre patrocinante y apoderado. El rol y función de la parte", *La Ley*, 2008-E, págs. 686 y s.s.

- "La responsabilidad de los Abogados. El deber de información al cliente y la responsabilidad por daño moral", en *Las responsabilidades profesionales, libro homenaje al Dr. Luis O Andorno*, Augusto M. Morello y otros (Coordinadores), Editora Platense S.R.L., La Plata, 1992.

GIANELLA, Horacio Carlos, "La Culpa. Provincia de Mendoza", en *Revista de Derecho de Daños*, 2009-1, *La culpa -I*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, págs. 409 y s.s.

GOLDENBERG, Isidoro H., *Indemnización por daños y perjuicios. Nuevos perfiles desde la óptica de la reparación*, en "Responsabilidad Civil", N° 14, Alberto J. Bueres (Director), Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1993.

- "La relación de causalidad como eje del sistema de responsabilidad civil", en *Responsabilidad civil. Presupuestos*, Advocatus, Córdoba, 1997.

GONZÁLEZ, María del Refugio, "El abogado en la historia", en *El papel del abogado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Universidad Americana de Acapulco, Porrúa, México, 1999.

GONZÁLEZ FERRER, Juan José - YBARRA LÓPEZ-GÓMEZ, Javier, “La Frustración de oportunidades del cliente por error del abogado”, en *OTROSÍ, Publicación informativa del Colegio de Abogados de Madrid*, enero 2002, nº 33.

- “La indefensión ocasionada por error del abogado”, en *OTROSÍ, Publicación informativa del Colegio de Abogados de Madrid*, mayo de 2002, nº 37.

- “La responsabilidad civil del abogado en materia de despido laboral”, en *OTROSÍ, Publicación informativa del Colegio de Abogados de Madrid*, noviembre de 2001, nº 31.

GÓMEZ MARÍN, Manuel y GIL Y GÓMEZ, Pascual, *El Digesto del Emperador Justiniano, en castellano y latín, traducido y publicado en el siglo anterior por el licenciado Don Bartolomé Agustín RODRÍGUEZ DE FONSECA*, nueva edición, Tomo I, Imprenta de Ramón Vicente, Madrid, 1872.

GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L, “La responsabilidad profesional del abogado y el resarcimiento del daño moral”, publicado en *RCyS*, 2005, págs. 480 y s.s. y en *La Ley on line*.

- “Responsabilidad de abogados y procuradores por pérdida de chance”, publicado en *RCyS*, 2002, págs. 409 y s.s. y en *La Ley on line*.

HERNÁNDEZ, Carlos A., “Régimen de la responsabilidad civil de los profesionales liberales (Antijuridicidad, factores de atribución, prueba y eximentes)”, en *Revista de Derecho de Daños, 2016-3, Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, págs. 117 y s.s.

HIGHTON, Elena I., “Responsabilidad médica. ¿Contractual o extracontractual?”, *Jurisprudencia Argentina*, 1983-III-659.

IHERING, Rudolf von, “De la culpa in contrahendo ou des dommages intérêt dans les conventions nulles ou resteés imparfaites” (primera versión alemana año 1860), en *Oeuvres Choiesies*, traducido por O. de Meulanere, Chevalier-Marecq et Cie., París, 1893.

JAIMEZ TRASSIERRA, María del Carmen (ver: ALBIEZ DOHRMANN – JAIMEZ TRASSIERRA y OLARTE ENCABO).

JARAMILLO SÁNCHEZ, Freddy Enrique, *La Responsabilidad Civil derivada del ejercicio profesional del Derecho*, Pontificia Universidad Javeriana-Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Bogotá, 1988.

JEREZ CALDERÓN, José Joaquín, “La responsabilidad civil del abogado por negligencia en la proposición de prueba: comentario a la sentencia de la Sala primera de lo civil del Tribunal Supremo número 334/2003, de 8 de abril de 2003”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2003, nº 1-3, págs. 501 y s.s.

JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987.

- “Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna reciente jurisprudencia)”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pág. 7 y s.s.

JOURDAIN, Patrice, *Les principes de la responsabilité civile*, 9^a édition, Éditions Dalloz, París, 2014.

KAPLAN, Marcos “El abogado y la sociedad”, en *El papel del abogado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Universidad Americana de Acapulco, Porrúa, México, 1999, págs. 105 y s.s.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, t. V, de Belluscio, Augusto C. (Director) y Zannoni, Eduardo (Coordinador), Astrea, Buenos Aires, 1984.

- “Daños causados por abogados y procuradores”, *J. A.*, 1993-III, 706.

- *Daños causados por los dependientes. Modernas tendencias jurisprudenciales*, en “Responsabilidad Civil”, Nº 11, Alberto J. Bueres (Director), Hammurabi, Buenos Aires, 1992.

- “La responsabilidad civil en los albores del siglo XXI” (La responsabilidad en el Proyecto de Reformas del Código Civil de 1993), en *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, 2^a ed., Carlos A. Ghersi (Coordinador), Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

- “Reflexiones sobre las normas deontológicas y la responsabilidad del abogado”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2005-1, *Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, págs. 39 y s.s.

LEGA, Carlo, *Deontología de la profesión de Abogado*, traducción de Miguel Sánchez Morón, 1ª edición, Civitas, Madrid, 1976.

LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Código Civil. Comentado y anotado. Tomo VI. Anotado con jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Director de obra Santos Cifuentes, Director del tomo Luis F. P. Leiva Fernández, La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 209.

- *El alea en los contratos. Contratos aleatorios en el Derecho Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2002.

- “Responsabilidad precontractual. Aportes para su estudio”, *La Ley*, 1998-D, págs. 1229 y s.s.

LEÓN GONZÁLEZ, José María, “Acotaciones históricas al artículo 1107 del Código Civil”, en *Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge*, vol. II, Salamanca, 2002.

LLAMAS POMBO, Eugenio, “Comentario a la STS de 25 de abril de 1994”.

- *La Responsabilidad Civil del Médico: aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988.

- “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Juan Antonio Moreno Martínez (Coordinador), Dykinson, Madrid, 2000, págs. 297 y s.s.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Tomo I*, 2ª ed. actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1983.

- *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Tomo IV-B*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1980.

LÓPEZ CABANA, Roberto M., (ver: ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA) y (ALTERINI-LÓPEZ CABANA).

LÓPEZ CANTAL, R., *Libre circulación de abogados en el ámbito de la CEE*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Granada, 1993.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los Contratos, Parte Especial (3)*, tomo IV, Víctor P. Zavalía, Buenos Aires, 1993.

- *Teoría de los Contratos. Parte General*, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1971 y 2ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 1975.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo, comentario a los artículos 1708-1762 en RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (Directores), ESPER, Mariano (Coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo IV (artículos 1251 a 1762)*, La Ley, Buenos Aires, 2014.

- “Daños punitivos en el Derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor”, *J.A.*, 2008-II, págs. 1198 y s.s.

- “El concepto de daño y su indemnización en el Código Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2015-2, *Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, págs. 143 y s.s.

- *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Responsabilidad civil médica y pérdida de chance de curación”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2008-1, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, págs. 7 y s.s.

LÓPEZ VALVERDE, Marta (Directora técnica), *Selección de Jurisprudencia. Responsabilidad civil de abogados y procuradores. Responsabilidad Civil y Seguro*, Editorial SEPIN, Madrid, 2016.

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, tomo I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1997.

- “Teoría general de la distribución de la carga probatoria”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 13, Prueba-I*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1997, pág. 61 y s.s.

LOVECE, Graciela, “La pérdida de chance confrontada con la relación de causalidad”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2008-1, *Chances*, Jorge Mosset

Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, págs. 2001 y s.s.

MÁRQUEZ, José Fernando, "Valoración y cuantificación de la pérdida de chances", publicado en *RCyS* 2009-I-5.

MARTÍ MARTÍ, Joaquim, "La distribución de competencias y responsabilidades en el proceso entre Abogado y Procurador", *La Ley* (España), nº 6386, 26 de diciembre de 2005.

- "La responsabilidad objetiva del Abogado en el ejercicio de su profesión", *La Ley* (España), nº 5846, 10 de septiembre de 2006.

- "Responsabilidad del procurador y no del abogado por error en el proceso en España", *La Ley on line*.

MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis, "Responsabilidad civil profesional del abogado", en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Juan Antonio Moreno Martínez (Coordinador), Dykinson, Madrid, 2000, págs. 335 y s.s.

MARTÍNEZ CRESPO, Mario, *Nosotros los Abogados. Reflexiones acerca de una profesión controvertida*, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1995.

- "Responsabilidad del abogado en relación a las costas causadas por su culpa o negligencia", *La Ley*, 1983-B, págs. 575 y s.s.

MAYO, Jorge Alberto, "Casuística de la responsabilidad del abogado: demanda no promovida, prueba no ofrecida o no diligenciada, recursos no interpuestos o no fundados", en *Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, págs. 119 y s.s.

- *Estudios de Derecho Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2005.

- "La diligencia. Una relectura de su concepto y funciones en el cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones", en *La Ley*, 2000-C, págs. 1217 y s.s.

- "La pérdida de chance como daño patrimonial. La frustración como daño cierto", en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, págs. 163 y s.s.

- "La responsabilidad del abogado en tres fallos recientes", en *RCyS*, 2005, pág. 439 y s.s.; *DJ* 2005-2, págs. 711 y s.s.

MAZEAUD, Denis, « Los proyectos de reforma del derecho francés de la responsabilidad civil », *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Alberto J. Bueres (Director), Año XVIII, Nº 1, enero de 2016, La Ley, Buenos Aires, 2016, págs. 5 y s.s.

MAZEAUD, Henri, "Essai et classification des obligations contractuelles et extracontractuelles, obligations déterminées et obligations générale de prudence et diligence", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1935, nº 28.

MAZEAUD, Henri et Léon - MAZEAUD, Jean - CHABAS, François, *Leçons de droit civil, t. II, 1er. vol., Obligations, théorie générale*, 8ª ed. par François Chabas, Montchrestein E.J.A., París, 1991.

MAZEAUD, Henri y Léon - TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Trad. 5ª ed. L. Alcalá Zamora y Castillo, Ejea, Buenos Aires, 1962.

MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

MEDINA, Graciela - GARCÍA SANTAS, Carlos "La Culpa. Provincia de Buenos Aires", en *Revista de Derecho de Daños, 2009-1, La culpa -I*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, págs. 325 y s.s.

MEZA, Jorge Alfredo, ver: BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo.

MOEREMANS, Daniel E., voz "Alemania", en *Enciclopedia de la Responsabilidad Civil I (A-B)*, Alterini, Atilio A. y López Cabana, Roberto M. (Directores), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

MOISÁ, Benjamín, "El enigma del artículo 1113", en *Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927-1937-1961-1969), Tomo III, Derecho de Daños*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba - Argentina-, 2009, págs. 1547 y s.s.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Curso de Obligaciones. Lecciones del Dr. Luis Moisset de Espanés*, t. II, Advocatus, Córdoba, 1993.

- “La codificación española y su influencia en el Código Civil argentino”, investigación presentada en el *Congreso Internacional de Lima en Homenaje al Centenario del Código Civil español: 1889 – 1999*, publicada en Academia de Derecho Civil, 1990-III, págs. 713 a 735.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente L, “Perfiles jurídicos de la relación de gestión”, en *Contratos de gestión, Cuadernos de Derecho Judicial*, Separata, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, s.d., págs. 28 y s.s.
- MORELLO, Augusto M, “De las buenas relaciones entre médicos y abogados”, *D.J.*, 2007-III, 883.
- “La responsabilidad civil del abogado. Perspectivas modernas desde la óptica procesal” en *Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, págs. 27 y s.s.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El rol de los abogados en el juicio de daños”, en *Responsabilidad Civil, homenaje al doctor profesor René A. Padilla*, LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. (Director), La Ley, Buenos Aires, 2010, págs. 379 y s.s.
- *Estudios Sobre Responsabilidad por Daños*, 4 tomos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1980/1982.
- “La noción de culpa (estado actual de la cuestión)”, en *Revista de Derecho de Daños, 2009-1, La culpa -I*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, págs. 7 y s.s.
- “La prueba en los juicios de daños”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 14, Prueba II*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1997, pág. 33.
- “Las chances. Responsabilidad del abogado”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, págs. 69 y s.s.
- “Las cláusulas limitativas o exonerativas de la responsabilidad de los profesionales”, en *Revista de Derecho de Daños, 2016-3, Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, págs. 103 y s.s.
- “Las dificultades de la ciencia jurídica para concluir en la responsabilidad de quienes ejercen profesiones vinculadas a ellas”, en *Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, págs. 7 y s.s.
- “¿Responsabilidad civil o Derecho de daños?”, en *Revista de Derecho de Daños, 2015-2. Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, págs. 9 y s.s.
- “Responsabilidad del abogado”, *La Ley* 2006-B, págs. 1 y s.s.; *LLP* 2006, págs., 747 y s.s.; *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales*, Tomo V, págs. 1073 y s.s.
- *Responsabilidad por Daños*, 1ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1971/1973.
- *Responsabilidad por Daños, tomo V, El daño moral*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999.
- *Responsabilidad por Daños, tomo VIII, Responsabilidad de los profesionales*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- “Responsabilidad profesional del abogado por daños en el ejercicio de su misión”, en *La Ley*, 1980-C, págs. 488 y s.s.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge - NOVELLINO, Norberto J., *Derecho de daños, 3ª parte. La prueba en el proceso de daños*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1996.
- MÜLLER, Enrique C., “La frustración de la chance de ayuda económica promovida por los padres ante la muerte de un hijo. Persona por nacer, menor impúber, menor adulto”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, págs. 187 y s.s.
- MULLERAT BALMAÑA, Ramón M., “Responsabilidad civil del Abogado”, en *La Toga -Dossier- Colegio de Abogados de Sevilla*, abril de 2002.
- MUÑOZ CAMPOS, Juan, “La responsabilidad civil de abogados y procuradores”, en *Centenario del Código Civil, II, Universidad Popular*, Francisco Rico Pérez (Director y Coordinador), Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Políticas (Universidad Complutense de Madrid) y Universidad de Alicante, 1989, págs. 343 y s.s.

NIEL PUIG, Luis, "Culpa – culpa grave", en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield, vol. II, cap. III Responsabilidad Civil*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba -Argentina-, 2000.

NIETO BLANC, Ernesto E., "La ética en la abogacía", en *Responsabilidad civil por mala praxis profesional, Daños vol. I*, El Derecho-Depalma, Buenos Aires, 2000.

NIETZSCHE, Friedrich, *El ocaso de los ídolos*, traducción, estudios y notas de Sergio Albano, Gradifco, Buenos Aires, 2004.

NOVELLINO, Norberto J., (ver: MOSSET ITURRASPE-NOVELLINO).

NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal Argentino, t. I, Parte General*, Buenos Aires, 1964.

OLARTE ENCABO, Sofía, (ver: ALBIEZ DOHRMANN – JAIMEZ TRASSIERRA y OLARTE ENCABO).

ORGAZ, Alfredo, *La culpa*, Lerner, Córdoba, 1992.

OSSORIO, Ángel, *El alma de la toga*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1997.

PADILLA, René A., *Forma y Prueba de los Contratos en el Código Civil Argentino a través de su artículo 1193*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1972.

- *Responsabilidad civil por mora*, Astrea, Buenos Aires, 1996.

- *Sistema de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

PADILLA, Rodrigo, "Algunas consideraciones sobre la causalidad en la responsabilidad civil: el artículo 1107 del Código Civil español", en *Suplemento Jurídico del diario "El Siglo"*, Tucumán, 11 y 18 de noviembre de 2003.

- "Algunas consideraciones sobre la llamada 'responsabilidad' sin culpa", en *Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927–1937–1961–1969), Tomo III, Derecho de Daños*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba -Argentina-, 2009, págs. 1511 y s.s.

- "Cuestiones generales de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial", *Revista de Anales de Legislación Argentina*, Luis F. P. Leiva Fernández (Director), Año LXXV, n° 27, octubre de 2015, La Ley, Buenos Aires, págs. 173 y s.s.

- *Cuestiones sobre Derecho Registral, Notarial y responsabilidad del escribano, 2ª edición corregida, aumentada y actualizada con el nuevo Código Civil y Comercial*, Editorial UNSTA, Tucumán, 2016.

- *Curso de Responsabilidad civil: Teoría general, presupuestos, conferencias, jurisprudencia y nuevo Código Civil y Comercial*, UNSTA, 2014.

- "De los daños por los que debe responder un abogado negligente", en *Responsabilidad Civil, homenaje al profesor doctor René A. Padilla*, Luis F. P. LEIVA FERNÁNDEZ (Director), René Padilla (h), Rodrigo Padilla, Esteban Javier Arias Cáu y Luciano Angelini (Coordinadores), La Ley, Buenos Aires, 2010, págs. 387 y s.s.

- "Decálogo concerniente a los derechos, garantías y privilegios del abogado", *Revista del Colegio de Abogados de Tucumán*, año 9, N° 42, Tucumán, diciembre de 2004, págs. 29 y s.s.

- "El modernísimo Derecho de Daños versus la anticuada responsabilidad civil: verdades y apariencias", *Revista del Colegio de Abogados de Tucumán*, año 7, N° 31, Tucumán, diciembre de 2002 y enero de 2003, págs. 43 y s.s.

- "El rol social del abogado", en *La Ley -Noroeste-*, Año 8, Número 8, Setiembre de 2004, págs. 1401 y s.s.

- "La responsabilidad civil del abogado y las obligaciones de medios y resultado", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros (RCyS)*, Año VIII, N° IV, abril de 2006, Atilio A. Alterini (Director), La Ley, Buenos Aires, 2006, págs. 26 y s.s.

- *Misión, derechos, deberes y responsabilidad del abogado*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Reus -Madrid-, Ubijus -D.F. México-, 2013.

- "Responsabilidad civil profesional. Con especial atención a la responsabilidad de los médicos, abogados y escribanos", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros (RCyS)*, Año XVIII, N° 1, enero de 2016, Alberto J. Bueres (Director), La Ley, Buenos Aires, 2016, págs. 18 y s.s.

- "Sobre la responsabilidad civil del abogado", en *La Ley* del 28 de setiembre de 2009, págs. 1 y s.s.

- *Temas fundamentales de Derecho Civil en el nuevo Código de Derecho Privado*, Bibliotex-Advocatus, Tucumán-Córdoba, 2016.

- *Visión crítica a las cuestiones centrales de la Responsabilidad Civil*, El Graduado, Tucumán, 2001.
- PADILLA, Rodrigo - ARIAS CÁU, Esteban J., “La responsabilidad del concesionario y del Estado frente a las privatizaciones, (Concesionarias de peaje)”, en *La Ley*, 1997-F, 1423.
- PADILLA, Rodrigo - PADILLA, René (H), “Responsabilidad civil del abogado”, *Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Derecho de las Obligaciones - Responsabilidad por Daños-, Derecho de los Contratos -Teoría General del Contrato-*, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, 2005, págs. 387 y s.s.
- PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, t. III, Sujetos del Proceso*, 5ª reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.
- *Derecho Procesal Civil, t. IV, Actos Procesales*, 3ª reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en *Centenario del Código Civil, t. II*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- PARELLADA, Carlos Alberto, *Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional*, Astrea, Buenos Aires, 1990.
- PARMA, Marcelo Fernando, *Vademécum de ética jurídica*, Ediciones Jurídicas Cuyo – Universidad Católica de Cuyo, Mendoza, 2000.
- PARRA LUCAN, M. Ángeles, *Daños por productos y protección de los consumidores*, Bosch, Barcelona, 1990, págs. 352 y s.s.
- PERAL, Juan Carlos, “El Abogado”, Marcelo Bourguignon coordinador y director, Universidad Nacional de Tucumán, Centro Único de Derecho, pág. 49.
- PÉREZ, Rosa, *La Sociedad Profesional de Abogados*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 21 y s.s.
- PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, Nicolás, “Reflexiones actualizadas de la ética profesional de la Abogacía”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Nº 11, 3ª Época, febrero de 1999, págs. 11 y s.s.
- PETTIS, Christian R., “La caducidad de la instancia y la responsabilidad civil consecuente de los profesionales intervinientes”, *La Ley*, 2006-B, págs. 580 y s.s.
- “El presupuesto del daño en la mala praxis de los abogados y procuradores. Cuestiones relacionadas con su determinación y cuantificación”, en *La Ley*, 2001-D, 938 y s.s. y en *La Ley on line*.
- PEYRANO, Jorge W., “Aspectos procesales de la responsabilidad profesional”, en *Las responsabilidades profesionales, libro homenaje al Dr. Luis O. Andorno*, Augusto M. Morello y otros (Coordinadores), Platense S.R.L., La Plata, 1992.
- “Mala praxis abogadil y prueba pericial”, *J. A.*, 1991-II, 917.
- PEYRANO, Jorge W. - CHIAPPINI, Julio O, “El Derecho probatorio posible y su realización judicial” en *Tácticas en el Proceso Civil*, t. III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990.
- “Lineamientos de las cargas probatorias ‘dinámicas’”, *El Derecho*, t. 107, págs. 1005 y s.s.
- PIEDecasas, Miguel A., “La pérdida de chances en la CSJN”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, págs. 173 y s.s.
- PITA, Enrique Máximo, “Jurisprudencia de la Provincia de Entre Ríos”, en *Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y procuradores)*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006.
- PITA, Enrique Máximo, “La indemnización del lucro cesante y de la pérdida de chance. Delimitación del daño resarcible”, en *Revista de Derecho de Daños, 2015-2. Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, págs. 189 y s.s.
- PITA, Enrique Máximo - RAMÍREZ AMABLE, Valentina, “Las chances. Provincia de Entre Ríos”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, págs. 475 y s.s.
- PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño Moral. Prevención/ Reparación/ Punición*. Ed. Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1996.

- “La prueba del daño moral”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 14, Prueba II*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1997, págs. 206 y s.s.
- PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos C., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, vol. II*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo sexto, Las Obligaciones, primera parte*, con el concurso de Pablo Esmein, traducción española de Mario Díaz Cruz con la colaboración de Eduardo Le Riverend Brusone, Cultural S. A., Habana, 1936.
- POTHIER, Roberto José, *tratado de las Obligaciones*, traducido al español con notas del derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores, parte primera, Barcelona, Imprenta Roger, 1839.
- *Tratado de las Obligaciones*, versión directa del *Traité des Obligations*, según la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M. C. de las Cuevas, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947.
- *Tratado de las Obligaciones*, versión directa del *Traité des Obligations*, según la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M. C. de las Cuevas, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1993.
- PREVOT, Juan Manuel, *Manuales de jurisprudencia. Daños y Perjuicios. Parte especial*, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- Propuesta de Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Tecnos, Madrid, 2018.
- Proyecto de Código Civil de la República Argentina*, con nota de elevación, fundamentos y legislación complementaria. Ministerio de Justicia de la Nación, La Ley, Buenos Aires, 1999.
- Réforme du droit des Obligations. Un supplément au Code Civil 2016*, Dalloz, 2016.
- RINESSI, Antonio Juan y REY, Rosa Nélide, “Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual. Principios generales”, en *Revista de Derecho de Daños, 2015-2. Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, págs. 87 y s.s.
- RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol*, t. IV, “Las Obligaciones”, Supervisión de Jorge Joaquín Llambías, traducción de Delia García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1964.
- RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (Directores), ESPER, Mariano (Coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 6 tomos, La Ley, Buenos Aires, 2014.
- RODRÍGUEZ, Claudia B., “Carga dinámica de la prueba”, en *Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina*, Alejandro O. F. Tuzio (Director), Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 2003-III, fascículo n° 1, pág. 38.
- RODRÍGUEZ RODRIGO, J., *Régimen jurídico de la abogacía internacional*, Granada, 2003.
- RUBIO TORRANO, Enrique, “Responsabilidad civil del abogado”, en *Aranzadi Civil*, 2005, vol. II, tomo XIV, págs. 2038 y s.s.
- SANTOS BRIZ, Jaime, *La Responsabilidad Civil*, 4ª ed., Madrid, Editorial Montercovo S.A., 1986.
- SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., *La ética y los jueces*, Ediciones Dike Foro de Cuyo, Mendoza, 2003.
- SBAITI, Fanny, *Contribution juridique à l'étude de la responsabilité de l'avocat en droit interne*, M. Olivier SAUTEL (Directeur), Université de Montpellier, Francia, soutenue le 4 décembre 2015.
- SCHWARZBERG, Carlos, PENNINO, Luis, “Responsabilidad civil del abogado”, *RCyS 2009-VII*, págs. 28 y s.s.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La relación de servicios del abogado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- *La Responsabilidad Civil del Abogado*, 2ª ed., Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2001.
- SIEBENEICHLER DE ANDRADE, Fabio, “La responsabilidad civil de los abogados: la culpa y causas de exclusión”, en *Los nuevos daños. Soluciones modernas*

- de reparación*, Carlos A. Ghersi (Coordinador), 2ª ed. renovada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis “El abogado como investigador”, en *El papel del abogado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Universidad Americana de Acapulco, Porrúa, México, 1999.
- SOBRINO, Augusto Roberto, “La responsabilidad profesional de los abogados”, en *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, 2ª ed., Carlos A. Ghersi (Coordinador), Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- SPOTA, Alberto Gaspar, “El nexo adecuado de causalidad del daño”, *La Ley*, 1984-D, 323.
- STIGLITZ, Rubén S., “Seguro contra la responsabilidad civil profesional” en *Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, págs. 91 y s.s.
- STRUBBIA, Mario Santiago, *Espíritu del abogado. Una visión original y renovada sobre la ética del abogado*, Editorial Jurídica Nova Tesis, Santa Fe, 1999.
- TAIAH, Jorge, “El rol del abogado”, en *Responsabilidad de los abogados y otras incumbencias profesionales*, Carlos A. Ghersi (Director), Zavalía, Buenos Aires, 1990, págs. 9 y s.s.
- TOBIAS, José W., “En torno a la responsabilidad civil de los médicos”, *El Derecho*, tomo 84, págs. 830 y s.s.
- TREJO, Ramón Enrique, “La responsabilidad de los profesionales en el Estado de Derecho”, en *Revista de Derecho de Daños, 2016-3, Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, págs. 1 y s.s.
- TRIGO REPRESAS, Félix A., “Falta de legitimación ‘ad causam’ del actor y responsabilidad civil del abogado”, *La Ley*, 2007-B, págs. 570 y s.s., y en *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales*, Tomo V, pág. 1077 y s.s.
- “La exigencia de un nexo adecuado de causalidad entre el obrar profesional y el daño, como recaudo de la responsabilidad civil del abogado”, *RCyS* 2006, págs. 562 y s.s.
 - “La noción clásica de culpa. Domat. Código Civil francés. Código Civil argentino”, en *Revista de Derecho de Daños, 2009-1, La culpa -I*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, págs. 35 y s.s.
 - “La pérdida de chances en el Derecho de Daños. De la certidumbre de un perjuicio a la mera posibilidad o probabilidad. La noción”, en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, págs. 53 y s.s.
 - “Las responsabilidades profesionales en la última década del siglo XX y la prospectiva para el siglo XXI”, en *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, vol. 1, Carlos A. Ghersi (Coordinador), Hammurabi, 2ª ed., Buenos Aires, 2000.
 - “Los distintos roles del abogado: apoderado, consultor, patrocinante. Deberes y responsabilidades en cada caso”, en *Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, págs. 69 y s.s.
 - “Los factores de atribución. El rol otorgado a la culpa”, en *Revista de Derecho de Daños, 2015-2, Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015, págs. 17 y s.s.
 - “Normas legales y principios éticos en el ejercicio de la abogacía”, *Ética y Derecho, en homenaje al Dr. Ricardo Balbín*, Fundación Casa Ricardo Balbín, Buenos Aires, 1998, págs. 315 y s.s.
 - *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008.
 - Responsabilidad civil del abogado, en *Revista de Derecho de Daños, n° 8, Daños profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, págs. 81 y s.s.

- *Responsabilidad civil del abogado*, 1ª reimpresión de la 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 1996.

TUNC, André, (ver: MAZEAUD - MAZEAUD - TUNC).

VALLESPINOS, Carlos C., (ver: PIZARRO - VALLESPINOS).

VARNI DE IÑIGUEZ, María Alicia, MORILLO, Monserrat e IÑIGUEZ, Marcelo Daniel "La Culpa. Provincia de Neuquén", en *Revista de Derecho de Daños*, 2009-1, *La culpa -I*, Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, págs. 483 y s.s.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto Antonio, "La responsabilidad civil de los abogados que llevaron adelante un juicio por mala praxis médica frente al médico demandado", (fallo comentado: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 2008, 08, 12, B. C. C. c. M. R. A. y otros), publicado en *RCyS* 2008, 678, *LLGran Cuyo* 2009 (febrero), pág. 15. Ver también en *La Ley on line*.

- "La responsabilidad contractual objetiva", *La Ley*, 1988-B, págs. 998 y s.s.

- "Los deberes profesionales y la responsabilidad por incumplimiento", en *Revista de Derecho de Daños*, 2016-3, *Responsabilidad de los profesionales*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, págs. 45 y s.s.

- "Los presupuestos de la Responsabilidad Profesional", en *Las responsabilidades profesionales, libro homenaje al Dr. Luis O. Andorno*, Augusto Morello y otros (Coordinadores), Editora Platense S.R.L., La Plata, 1992.

- "Responsabilidad civil de los abogados. Daño moral", *J.A.*, 1992-IV, 617.

- *Responsabilidad por Daños, (Elementos)*, Depalma, Buenos Aires, 1993.

VEIGA, Juan Carlos, "El Derecho Comercial en los 200 años de independencia nacional", publicado por la Academia de Ciencias Morales, Políticas y Jurídicas de Tucumán, *Anuario del Bicentenario, N° IV, Tomo II*, Tucumán, 2016, págs. 347 y s.s.

VERGARA, Leandro, "Pérdida de chance (Noción conceptual. Algunas precisiones)", *La Ley*, 1995-D, págs. 80 y s.s.

(Ver: BARBIER – VERGARA).

VIGO, Rodolfo L. (H.), *Ética del Abogado. Conducta procesal indebida*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979.

- *Las Causas del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.

VINEY, Geneviève – JOURDAIN, Patrice, "Les conditions de la responsabilité", *Traité de Droit Civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, 2ª Édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., Paris, 1998.

VIÑUELAS ZAHÍNOS, Ma. T., *La Libre Circulación del Abogado en la Unión Europea*, Elcano, 2004.

VISINTINI, Giovanna, *Tratado de la responsabilidad civil, tomo 1, la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad*, traducción de Aída Kemelmajer de Carlucci, Astrea, Buenos Aires, 1999.

WAYAR, Ernesto C., *Derecho Civil, Obligaciones*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1990

- *Tratado de la Mora*, Ábaco, Buenos Aires, 1981.

WIERZBA, Sandra M., *Responsabilidad civil del abogado*, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 2006.

- "Responsabilidad civil del abogado por inicio de una demanda infundada (con particular referencia a la "mala praxis" médica), en *RCyS* 2009-V, págs. 51 y s.s., y en *La Ley on line*.

- "Responsabilidad civil del abogado por prescripción de la acción intentada", *RCyS*, 2007, págs. 598 y s.s.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Reus, Madrid, 1993.

- *La responsabilidad civil del profesional liberal*, en "Responsabilidad Civil", N° 16, Alberto J. Bueres (Director), Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1998.

- "La responsabilidad civil de los profesionales liberales en el ejercicio de grupo", en *La responsabilidad civil profesional, cap. IX*, Luis Martínez Calcerrada, Editorial Colex, Madrid, 1996.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Doctrina Judicial. Solución de casos, 1*, 2ª ed., Alveroni Ediciones, Córdoba -Argentina-, 1998.

- "Frustración de 'chances' en la responsabilidad profesional", en *Las responsabilidades profesionales, libro homenaje al Dr. Luis O. Andorno*, Augusto Morello y otros (Coordinadores), Editora Platense S.R.L., La Plata, 1992.

- *Resarcimiento de Daños, vol. 2a, Daños a las personas, (Integridad sicofísica)*, Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1990.

- *Resarcimiento de Daños, vol. 3, El proceso de daños*, Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1993.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde - GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., "Chances afectivas", en *Revista de Derecho de Daños, 2008-1, Chances*, Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (Directores), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, págs. 143 y s.s.