

Dr. Pascual Eduardo Alferillo

Responsabilidad profesional de los abogados



**Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba**



**ANOS
Universidad Nacional
de San Juan
1973-2013**

Dr. Pascual Eduardo Alferillo

RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS

ISBN - Catalogación en fuente

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

Mesa Directiva (2010 - 2013)

**Presidente: Dr. Juan Carlos Palmero
Vicepresidente: Dr. Julio I. Altamira Gigena
Secretario: Dr. Jorge de la Rúa
Tesorero: Dr. Armando S. Andruet (h)
Director de Publicaciones: Dr. Luis Moisset de Espanés
Revisor de cuentas: Dr. Héctor Belisario Villegas**

**Presidentes Honorarios
Dr. Luis Moisset de Espanés
Dr. Olsen A. Ghirardi**

INSTITUTO DE LA REGIÓN CUYO

**Director: Dr. Pascual E. ALFERILLO
Sub Director: Aldo GUARINO ARIAS**

**SEDE MENDOZA
Secretaria: Silvina del Carmen FURLOTTI MORETTI**

**SEDE SAN RAFAEL
Secretaria: Liliana GAITAN**

**SEDE SAN JUAN
Secretario: Favio R. CONTURSO**

**SEDE SAN LUIS
Secretaria: Eugenia BONA**

**SEDE VILLA MERCEDES
Secretario: Dr. Raúl E. BERTRES**

Índice

PRIMERA PARTE

CUESTIONES GENERALES

DEL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA

1. La profesión de abogado.	7
2. El ejercicio de la abogacía.	12
2.1. En la provincia de San Juan.	12
2.2. En la provincia de Mendoza.	17
2.3. En la provincia de San Luis.	23
3. Los deberes profesionales del abogado.	26
3.1. La génesis contractual de los deberes profesionales.	29
3.2. La vinculación abogado - cliente.	31
3.3. Los deberes profesionales del abogado.	32
3.4. Las conductas debidas del abogado.	34
3.4.1. Los deberes como patrocinante.	34
3.4.2 Los deberes como mandatario.	39
4. Naturaleza jurídica de la prestación profesional.	42
4.1. El pensamiento de los mentores de la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado.	43
4.2. El pensamiento de los autores negadores de la diferencia.	49
4.3. Efectos procesales de la distinción: La carga de la prueba.	53

SEGUNDA PARTE

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ABOGADOS

PRESUPUESTOS

1. La responsabilidad profesional. Generalidades.	59
2. La responsabilidad civil de los abogados.	62
3. Presupuestos constitutivos.	65
3.1. La configuración del daño.	67
3.2. Relación de causalidad entre la conducta del abogado y el daño producido.	75

3.3. El factor de atribución en la responsabilidad del abogado.	84
3.4. La antijuridicidad del accionar del abogado.	100

TERCERA PARTE

RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS ANÁLISIS DE CASOS

1. Introducción.	103
2. El saber del abogado y la responsabilidad civil.	103
3. Responsabilidad por su actuación extrajudicial.	111
3.1. Responsabilidad por mal asesoramiento.	111
3.2. Responsabilidad por no iniciar la demanda	113
3.3. Responsabilidad por iniciar una demandada estando prescripta.	115
4. Responsabilidad por su actuación negligente en juicio.	116
4.1. La participación en juicio de los abogados conforme la ley adjetiva.	117
4.2. La participación como patrocinante.	120
4.3. La participación como apoderado.	121
4.4. Responsabilidad diferenciada para la actuación conjunta como apoderado respecto del patrocinante.	123
4.5. Delimitación de las responsabilidades en la actuación conjunta.	124
5. Análisis de casos.	127
5.1. Inexactitudes presentadas en juicio	127
5.2. Responsabilidad por caducidad de la instancia judicial. .	128
5.2.1. Principio general.	129
5.2.2. La perención operada siendo patrocinante.	131
5.2.2.1. Carga probatoria para eximirse de responsabilidad.	133
5.2.2.2. Desestimación de la reclamación.	136
5.2.3. La caducidad operada siendo apoderado.	138
5.2.4. Análisis de la responsabilidad por perención de la instancia conforme el tipo de proceso.	140
5.2.4.1. Caducidad en el proceso de reclamación de daños.	140

5.2.4.2. Caducidad producida en proceso concursal.	141
5.2.4.3. Caducidad producida en procesos laborales.	142
5.3. Responsabilidad por la no presentación de escritos.	143
5.4. Responsabilidad por la no interposición del recurso.	143
5.5. Responsabilidad de los abogados en el ámbito de la reclamación laboral.	145
5.6. Responsabilidad derivada de la problemática de los consorcios.	148
5.7. Responsabilidad en los procesos falenciales.	149
5.8. Responsabilidad por injurias vertidas en juicio.	149
5.9. Responsabilidad post contractual del abogado.	153
5.9.1. Conservación de la documental aportada por el cliente.	153
5.9.2. El secreto profesional.	154
5.9.2.1. Aspectos generales del deber de confidencialidad.	155
5.9.2.2. Concepto y alcance del secreto profesional.	158

CUARTA PARTE

RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO PRODUCIDO

1. Introducción.	163
2. Breves reflexiones sobre los métodos para cuantificar.	164
3. Los daños resarcibles derivados del accionar profesional del abogado.	168
3.1. Naturaleza contractual del daño.	168
3.2. Resarcimiento de la chance frustrada del cliente.	170
3.2.1. Concepto.	170
3.2.2. Diferencias con el lucro cesante.	173
3.2.3. Delimitación de la chance frustrada por el accionar del abogado.	175
3.2.4. Parámetros para cuantificar la chance frustrada. ..	177

3.2.4.1. Se debe tener en cuenta las probabilidades de éxito de la pretensión impetrada.....	178
3.2.4.2. Influencia de la negligencia profesional en la cuantificación de la chance.	180
3.2.4.3. La chance pérdida por caducidad de la instancia.	181
3.2.4.4. Importancia de la pérdida de la exigibilidad del derecho sustancial.	183
3.2.4.5. Trascendencia de las posibilidades ciertas de efectivizar la condena.	185
3.2.5. Acreditación de la chance frustrada.	188
3.3. Resarcimiento del daño moral.	191
3.3.1. El concepto de daño moral.	191
3.3.2. El daño moral producido por el incumplimiento contractual del abogado.	200
3.4. El pago de las costas del proceso frustrado.	202

Palabras de presentación.

La Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de San Juan junto al Instituto de la Región Cuyo de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, iniciaron la complementación de sus esfuerzos y publicaron el Libro “Tutela Jurídica de los consumidores”, en el año 2009.

Esa idea de cooperación entre las instituciones afines al quehacer jurídico, hoy se amplía con la participación del Foro de Abogados de la provincia de San Juan para presentar este libro denominado “Responsabilidad profesional de los abogados” escrito por quién tiene participación activa en las tres instituciones por ser profesor Titular de la Universidad, Director honorario del Instituto de Derecho Civil del Foro y Director del Instituto de la Región Cuyo.

Si lugar a duda que el mundo actual de la abogacía sufre de profunda crisis, pues ya dejó aquella histórica calificación de profesión liberal con un número escaso de integrantes para pasar a ser un trabajo con plena inserción social, con un número elevado de actores cuyos inevitables conflictos de intereses cuando transgreden las normas y el debido accionar resultan necesario imponer, no solo, la punición ética sino también, cuando generan daño, la correspondiente imputación del deber de resarcir.

Esta observación de la realidad de los tribunales llevó a las instituciones a impulsar un esfuerzo común en la conciencia de que ya no basta para mantener en la conciencia de los abogados en el máximo nivel las cuestiones éticas con repetir las señeras palabras de Cuture, plasmadas en sus mandamientos que se les entrega al jurar la matrícula, sino que es menester dar un paso adelante y hacerle conocer cual es su responsabilidad profesional y cuales serán las consecuencias si trasgrede la norma y causa daño a los clientes.

Es de vital importancia para la sociedad tener una abogacía proba, debidamente formada en el arte de abogar por los derechos de sus

clientes en un marco de rectitud, pues el único medio para asegurar la plena vigencia de los derechos y garantías consagrados en el plexo normativo.

En este marco, siempre resultan oportunas las palabras de Piero Calamandrei, cuando sostenía en una situación similar que “las causas de la actual decadencia de la abogacía italiana hay que buscarlas, aparte del general decaimiento de la enseñanza media, en la excesiva facilidad con que los jóvenes salidos de las escuelas secundarias logran licenciarse en Derecho y luego ingresar en el ejercicio profesional: esto es, en una falta de seriedad y de disciplina inherente primero, a la organización de los estudios universitarios y después, a la del aprendizaje profesional”.

Es por ello, y conocedores de la responsabilidad que nos toca institucionalmente, hacemos el presente esfuerzo con la idea de aportar un granito de arena en procura de tener una abogacía intelectualmente apta en su saber científico para servir a la sociedad y para que la práctica forense sea guiada por las reglas de la moral.

Mg. Ricardo M Coca
Decano Facultad de Ciencias
Sociales - UNSJ

Dra. Marianela López
Presidente Foro Abogados
de San Juan

Dr. Aldo Guarino Arias
Instituto de la Región Cuyo
de la Academia Nacional
de Derecho y C.S. de Córdoba

En representación del Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales de Cuyo, como Vicedirector, constituye una gran responsabilidad, pues el Dr. Alferillo es el Director de dicho Instituto.

Es por otra parte un honor que se me ha concedido ya que el Dr. Alferillo, amén de ser un dilecto amigo, es un jurista inquieto, curioso desde el punto de vista científico, con una gran capacidad de trabajo y organización. No en vano la mesa directiva de la Academia Nacional de Ciencias Sociales y Jurídicas de Córdoba, no dudó en ponerlo al frente del Instituto Cuyano de Derecho.

La obra del Dr. Alferillo, constituye un pulido trabajo de investigación, que no dudo en aconsejar su lectura a las jóvenes generaciones de abogados, a quienes les previene los diversas posibilidades punitivas de las inconductas en las cuales puede incurrir un abogado en el ejercicio de su profesión, constituyendo el libro una guía de responsabilidades civiles en que pueden incurrir al ejercer la profesión conforme a las respuestas que dan los Tribunales a los distintos temas que deben resolver cuando se está frente a una reclamación resarcitoria por mala praxis.

La excesiva cantidad de facultades de derecho en el país, ha generado una pletora de abogados que pujan para ejercer la profesión en los distintos foros.

A ello se suma un hecho nada bueno para la abogacía. La mayoría de las facultades son privadas, y consecuentemente han disminuido el nivel de calidad en los estudios, acortando los años de cursado, admitiendo estudios a distancia, y lo más grave, eliminando materias que dan al abogado una formación ética, moral y social tan necesaria en estos tiempo.

He aquí la gran preocupación del autor al señalar los deberes profesionales del abogado, la vinculación abogado cliente, las conductas debidas, los deberes como patrocinante, o como mandatario.

Todos los autores se hallan conformes en la elevada misión de la abogacía y en las altas calidades culturales y principalmente morales que deben adornar a los abogados.

La formación cultural y científica del abogado, si bien es cierto es absolutamente necesaria, por más amplia que ella sea, no es suficiente. La formación técnica, constituye su herramienta de trabajo, pero al lado de ella, y por encima de ella, están la honradez, la rectitud de conciencia, las dotes de justicia, de comprensión y de sacrificio y también el valor para afrontar la lucha.

He aquí el mérito del libro del Dr. Pascual Alferillo.

Toda la obra constituye una advertencia para los abogados pero por sobre todas, lo son las contenidas en la “Segunda parte” destinada a analizar los presupuesto de la responsabilidad civil, los presupuestos constitutivos, la configuración del daño, la relación de causalidad entre la conducta del abogado y el daño producido, el factor de atribución de la responsabilidad del abogado, la antijuricidad del accionar del abogado.

La obra de Alferillo tiene un mérito, que es la profunda investigación de cada tema, reflejada en la profusa cita de doctrina y jurisprudencia.

Me sumo con estas breves palabras al pensamiento del Decano de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de San Juan, aportando como él lo dice ... un granito de arena en procura de tener una abogacía intelectualmente apta en su saber científico para servir a la sociedad y para que la práctica forense sea guiada por las reglas de la moral”.

Aldo Guarino Arias

Vice Director

**Instituto de Ciencias Jurídicas y S. de Cuyo
de la Academia N. de Derecho y C.s. de Córdoba**

PRIMERA PARTE

CUESTIONES GENERALES DEL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA

1. La profesión de abogado.

La selección del punto de partida para iniciar el desarrollo de una investigación que en esta oportunidad esta direccionada a estudiar la responsabilidad civil de los abogados emergentes del daño que pudieren ocasionar a tercero en el ejercicio de su profesión, sin lugar a hesitación, esta inspirada en la idea y, por sobre todas las razones, en el sentir que se tenga de la abogacía.

Por ello, con romanticismo clásico, viene con buen propósito recordar que la abogacía para los romanos estaba conceptuada a la altura de las dignidades sacerdotales, lo cual les permitió asegurar que “los abogados que aclaran los hechos ambiguos de las causas y que, por los esfuerzos de su defensa en asuntos frecuentemente públicos y en los privados, levantan las causas caídas y reparan las quebrantadas, son provechosos al género humano no menos que, si en batallas y recibiendo heridas, salvasen á su patria y á sus ascendientes. Pues no creemos que en nuestro imperio militen únicamente los que combaten con espadas, escudos y corazas, sino también los abogados; porque militan los patronos de causas, que, confiados en la fuerza de su gloriosa palabra, defienden la esperanza, la vida y la descendencia de los que sufren¹”.

1 Código, libro II, título VII, número XIV, citado por Daniel Antokoletz, “Algunas reflexiones sobre la profesión de abogado (apuntes de legislación comparada)”, Anales UBA, 1914, pág. 426. «*Advocali, qui dirimunt ambigua fata causarum, suaeque defensionis viribus in rebus saepe publicis ac privatis lapsa erigunt, fatigala reparant, non minus provident humano generi, quam si praelus atque vulneribus patriam parentesque salvarent. Nec enim solos noslro imperio militare credimus illos, quigladiis, clypeis el thora cibus nituntur, sed etiam advócalos; militant namque*

Este sentido épico de la profesión de abogado no se ha perdido en el tiempo y podemos ver como Piero Calamandrei dedica, una de sus obras cumbre, “a la memoria de los abogados y de los estudiantes italianos de leyes muertos en la guerra por servir al derecho²”.

Con la evolución del tiempo y las vicisitudes vividas por la profesión junto al desarrollo y consolidación del Estado moderno, se recuerda el origen latino de la palabra *advocatus* y se define como “licenciado o doctor en derecho que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico”. De igual modo, se hace referencia en la segunda acepción al “intercesor o mediador” y, en la tercera, a la “persona habladora, enredadora, parlanchina”, recordando la extraordinaria capacidad de oratoria, de quién se recuerda como el primer abogado, Demóstenes.

Pero sin embargo, algunos autores observando la tarea desde el mundo práctico han entendido que “la Abogacía no es una consagración académica, sino una concreción profesional. Nuestro título universitario no es de “Abogado”, sino de Licenciado en Derecho, que autoriza para ejercer la profesión de Abogado”. Basta pues, leerle para saber que quién no dedique su vida a dar consejos jurídicos y pedir justicia en los Tribunales, será todo lo Licenciado que quiera, pero Abogado, no³”.

Como se colige se pretende separar el saber jurídico del accionar profesional, como si la teoría y la praxis fueran estancos separados en el ser profesional del abogado.

En este sentido, el tiempo de los recuerdos que marcan hitos personales se sitúa en Chile en enero de 1974, donde estudiantes avanzados de la Carrera de Ciencia Jurídica, señalaban que la profesión del abogado estaba signada por la litis, por el pleito, por el en-

causarum patroni, qui gloriosae vocis conjisi munimine laborantium spem vitam el posteris defenduni». <http://repositorio.der.unicen.edu.ar:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/197/anales%2004-UBA-10-2s.pdf?sequence=1>.

2 Calamandrei, Piero, “Demasiados abogados”, Ediciones Jurídicas Europa-America- Buenos Aires, 1960, traducción de José R. Xirau, pág. 15.

3 Ossorio y Gallardo, Ángel, “El alma de la toga”, Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2004, pág. 2.

frentamiento de intereses y que la principal “arma” para el enfrentamiento era el saber jurídico. Sin lugar a duda, esos conceptos marcaban una posición que estimo correcta, la profesión de abogado es una actividad eminentemente técnica, razón por la cual la practica y el conocimiento son dos facetas inseparable del ser abogado, como las caras de una moneda.

Esta idea aprendida en las postrimerías del secundario, es magníficamente expuesta por Cueto Rua cuando trata de describir a un buen abogado litigante, al decir que “el abogado litigante es una suerte de guerrero comprometido en una lucha. Ejercer su profesión significa enfrentar un adversario. Tiene frente a sí al abogado litigante seleccionado por la contraparte. El proceso litigioso coloca a dos intelectos entrenados en el arte de la solución de conflictos, en posiciones contrapuestas. El talento, la inteligencia, el conocimiento y la experiencia de un abogado serán aplicados en la conquista del objetivo: lograr una sentencia favorable a los intereses de su cliente.

No se trata de una lucha teórica, de dos tesis científicas divergentes o distintas. No se está en el seno de una academia para examinar intelectualmente el fundamento científico de ciertos juicios o proposiciones. Se está ante un órgano de la comunidad, un juez del Estado, a quien se ha atribuido la potestad de dirimir un conflicto y de imponer coercitivamente el cumplimiento de lo resuelto por el tribunal. Cada uno de los abogados litigantes debe persuadir, debe convencer al juez interviniente en primera instancia y a los que intervendrán después, si la sentencia del juzgado es apelada”. El autor concluye su investigación pensando que “el solo conocimiento del derecho no hace a un abogado un buen abogado litigante⁴”.

Por ello se sostiene que “la justicia no podría funcionar si no existiesen los profesionales del derecho; puesto que las dificultades de juzgar resultarían enormemente acrecentadas, hasta constituir obstáculos en la práctica insuperable si el juez, suprimidos los abogados y procuradores, viniera a quedar en contacto directo con la impericia jurídica y con la mala fe de las partes litigantes. La inter-

4 Cueto Rúa, Julio, “El buen abogado litigante”, La Ley 1988-C, 712.

vención de los abogados sirve cabalmente para librar al juez de una lucha contra la ignorancia y contra la mala fe, que le quitaría toda la serenidad y toda la agilidad de juicio: puesto que la presencia del defensor, que representa o asiste a la parte, es garantía de ciencia y probidad⁵”.

La aspiración de deseo o la idealización de un prototipo de profesional del derecho esbozada por los maestros transcriptos, en muchas oportunidades quedan lejos en la práctica diaria de la abogacía, al punto que en ocasiones la conducta reproachable del abogado produce daño a los intereses de sus clientes.

Esta anormalidad del accionar profesional ha generado un importante número de precedentes judiciales y estudios doctrinarios que han procurado dar respuestas a las problemáticas que se presentan desde la configuración de los presupuestos de responsabilidad hasta el alcance del deber de resarcir.

Respecto del tema, se ha marcado que *“la actuación profesional del abogado es susceptible de generar responsabilidades en diversos planos (civil, penal, procesal, disciplinario), con causa y objeto nítidamente diferenciado, siendo las funciones de los órganos encargados de su efectivización independientes y compatibles, por interpretación contextual de los arts. 43, 44, 45, 46 y 48 de la ley 23.187 y 15 y 16 del reglamento de procedimiento para el tribunal de disciplina (Adla, XLV-C, 2006; XLVII-A, 497)”*⁶.

En el mismo sentido se aseveró que *“la conducta procesal negligente de un abogado se encuentra sometida a responsabilidades diversas, cada una de las cuales aparece referida a bienes jurídicos diferenciados y cada uno de ellos protegidos de manera distinta con sanciones también distintas, aplicadas por órganos igualmente diferentes. Una primera división se justifica entre el tratamiento normativo procesal de la “conducta procesal indebida” y la órbita de las reglas éticas forenses. Esta busca que el ejercicio profesional sea un medio idóneo para la realización o desarrollo pleno de la persona y*

5 Calamndrei, Piero, ob. cit., pág. 25.

6 Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados, sala II, 04/10/1990, “M. C., G. S.”, AR/JUR/1765/1990.

establece para el abogado, como exigencias específicas, al margen de las planteadas por la ética en general, el conocimiento del derecho positivo vigente, sentido de justicia y preocupación por realizar la seguridad jurídica⁷”.

En función de ello, “son independientes el pronunciamiento del juez, que juzga la responsabilidad civil, penal disciplinaria y procesal de los letrados, y el del Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados de la Capital Federal. Por tanto, que funcionan concurrentemente las responsabilidades por actos obrados en sede judicial prevista por el Código Procesal y el decreto 1285/58 y la emergente de la ley 23.187 (Adla, XLV-C, 2006)⁸”.

De todo este abanico de posibilidades punitivas de las inconductas en las cuales puede incurrir un abogado en el ejercicio de la profesión, en el presente estudio se procurará presentar una guía de las responsabilidades civiles en que pueden incurrir al ejercer la profesión conforme a las respuestas que dan los tribunales a los distintos temas que deben resolver cuando se está frente a una reclamación resarcitoria por mala praxis.

7 Tribunal de Ética Forense, 03/03/1983, “G. V., A.”, La Ley 1984-A, 314 - LLP 1984, 457, AR/JUR/1624/1983.

8 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 18/11/1994, “La Delicia Felipe Fort S. A. c. Colombini, Natalio R.”, AR/JUR/3889/1994. En igual sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala III, 22/05/1990, “R. de L., E. y otros.”, La Ley 1990-C, 533 - DJ 1990-2, 979, AR/JUR/1517/1990, “el art. 43 de la ley 23.187 (Adla, XLV-C, 2006) que dispone que el poder de disciplina se ejerce con independencia de la responsabilidad civil, penal o administrativa de los matriculados, no autoriza a prescindir de la existencia misma de la cosa juzgada, ni a tener por inválida una transacción homologada por resolución judicial que tenga tal autoridad”. También: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala II, 15/06/1999, “Schwarzfeld, Enrique E. c. Colegio Público de Abogados”, La Ley 2000-D, 855 - DJ 2000-3, 74, “La circunstancia de que el abogado haya sido denunciado ante el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal por los mismos hechos investigados en sede penal, no configura doble juzgamiento pues el art. 43 de la ley 23.187 (Adla, XLV-C, 2006) dispone expresamente que para cumplir su atribución exclusiva de fiscalizar el correcto ejercicio de la profesión de abogado, el organismo ejercitará el poder disciplinario con independencia de la responsabilidad civil, penal o administrativa que pueda imputarse a los letrados”.

2. El ejercicio de la abogacía.

2.1. En la provincia de San Juan.

En las modernas reglamentaciones del ejercicio de la profesión de abogado, el poder de policía del Estado está presente de un modo indirecto, al delegar en personas jurídicas de derecho público y con independencia funcional de los otros poderes públicos, como es en la provincia de San Juan, el Foro de Abogados creado por Ley N° 3.884 (B.O. 20/12/1973).

La importancia social de la abogacía encuentra, en la letra del art. 218 de la Constitución de la Provincia de San Juan, su reconocimiento máximo, cuando se estableció que “la abogacía es una función pública no estatal, auxiliar del Poder Judicial”⁹. En la misma norma se reconoce a existencia y facultades del Foro de Abogados respecto del control y superintendencia de la matrícula.¹⁰

Esta particularidad que la Constitución provincial le concede a la abogacía, es compartida con las profesiones vinculadas a la salud de los seres humanos considerada, en el art. 61, como una función social.

Ello implica que la sociedad toda esta interesada, el ejercicio de estas profesiones de un modo correcto, particularmente en el accionar de los profesionales del derecho cuyas conductas trascienden sus intereses particulares.¹¹

9 El art. 1 de la Ley del Foro de Abogados establece “la abogacía es una función social al servicio del derecho y de la Justicia. Su ejercicio es una función pública, pero de desempeño particular o privado”.

10 Las jóvenes generaciones de abogados deben conocer que este reconocimiento constitucional no fue obra espontánea de los constituyentes de 1986, sino que a partir de la destitución, en el mes de marzo de ese año, de la mayoría de los integrantes de la Corte de Justicia provincial por la posibilidad de un fallo adverso a los intereses del poder en turno, se generó un movimiento de la abogacía local, incluyendo quizás la primera huelga de abogados y un petitorio expreso a la Convención Constituyente que fue recepcionado en las normas de la Constitución provincial de 1986.

11 Padilla, Rodrigo, “El rol social del abogado. Reconciliación entre lo individual y social, lo parcial e imparcial, el interés personal y el bien común”, LLNOA 2004 (septiembre), 1401-LLNOA 2004, 1401. El autor, entre otras consideraciones, sostiene que “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 sociedad) y debe atender siempre a la realización del bien común, ya que con ello, justamente, estaría también alcanzando su bien particular”.

Esta idea ha sido documentada, en sus fallos, por la Corte Suprema de Justicia cuando señalo que *“el ejercicio profesional de la abogacía constituye un servicio necesario e indispensable para la realización en plenitud de la justicia y el ordenamiento legal así lo ha entendido y reconocido explícitamente al exigir para los abogados trato similar al de los magistrados (art. 58 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)”*¹².

Tan es así que “para ejercer la profesión de abogado ante los Tribunales de la Provincia se requiere estar inscripto en la matrícula del Foro de Abogados”, conforme el art. 3.

Respecto del tema la doctrina judicial se pronunció al decir que *“para poder ejercer la profesión de abogado ante los tribunales de la Provincia se requiere estar inscripto en la matrícula del Foro de Abogados (art. 3º, ley 3725), requisito que también se exige para tener derecho a los honorarios (art. 176, ley 2150). Obviamente que esa inscripción habilitante debe existir a la fecha en que se cumplen los trabajos cuya estimación arancelaria se pretende y sin la cual no hay derecho ni a ejercer ni a cobrar por el ejercicio.*

*La inscripción posterior en la matrícula habilita para el futuro, pero no hacia atrás, pues carece de efectos retroactivos”*¹³.

12 CSJN, A. 401. XXV.; “Andrada, Pablo Silveiro c/ Constructora Marte S.A.”, 04/10/1994, T. 317, P. 1124; V. 293. XXII. (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt, Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor y Antonio Boggiano); “Valaire SACI. c/ Pedrana SA.”, 28/12/1989, T. 312, P. 2528 (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

13 Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Segunda, 22/11/77, autos “Catala, Antonio y Hortensia Bueno de Catala s/ Divorcio por presentación conjunta. Tenencia de hijos. División de bienes”, L. de A., Tº III, Fº. 502. Ver, Alferillo, Pascual Eduardo, “Responsabilidad de los profesionales del Derecho en la provincia de San Juan”, Revista de Derecho de Daños 2005-1 “Responsabilidad de los profesionales del Derecho (Abogados y escribanos)”, Rubinzal – Culzoni Editores, pág. 505. En ese trabajo se citan la siguiente doctrina judicial vinculada al tema: Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Segunda, 28/3/89, autos “Suárez, Pedro Elio c/ Caja de Acción Social s/Ordinario”, L. de A., Tº I, Fº 51/53: “evidentemente el letrado presentante de los escritos cuestionados se encontraba en mora en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley 3725, cuyo artículo 13, inciso 3º refiriéndose a quien no paga la cuota periódica del Foro dice que es un abogado en pasividad por abandono del ejercicio, ello en concordancia con el artículo 6º del Reglamento del Foro que reza: Los abogados en pasividad por abandono del ejercicio son aquellos que no abonon la cuota periódica establecida. Es claro que el pago de la misma es obligatorio a tenor de lo que expresa el artículo 62, inciso 1º, ibídem,

Sin perjuicio de ello, es en el art. 16, donde se precisa, en general, que “el ejercicio de la función de abogado comprende: 1) La defensa de los derechos y de los intereses de la persona ante los Tribunales judiciales y administrativos, especiales y organismos de los poderes públicos; 2) La representación que se le encomiende para el

siendo moroso el profesional que no paga ofreciendo como sanción la inhabilitación (parte final del art.). En esta situación el abogado carece de la calidad exigida por el artículo 53 de dicho ordenamiento y lo actuado en tal hipótesis debe encuadrarse en la categoría de actos inexistentes muy bien definidos por Berizonce en su obra *La nulidad en el proceso* (Platense, p. 55, año 1967) como aquellos que no irrogan efecto, no pudiendo en ningún supuesto ser convalidados pues adolecen de ineficiencia absoluta”. Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Segunda, 2/2/85, autos “Quiroga, César Osvaldo c/Foro de Abogados de San Juan s/Amparo”, L. de S., año 1985, Tº 1, Fº. 11/13: “sin entrar a considerar la razonabilidad y legalidad del argumento, basta simplemente señalar que el quejoso sostiene la posibilidad de apartarse en cualquier tiempo, pero en ningún momento sostiene el apartamiento concreto del Foro de Abogados. Es decir que no se ha demostrado en autos que los actores hubieran manifestado su intención de renunciar al organismo creado por la letra de la ley 3725.

Simplemente se limita a demandar el cese de la inhabilitación dispuesta al no haberse abonado la cuota impuesta por la asamblea del Foro de Abogados, en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 62, inciso 1º de la ley 3725 reformada por la ley 3884. En tal caso la pretensión debe ser rechazada. Y ello es así, pues si los actores se incorporaron al Foro de Abogados sin realizar reserva alguna, deben acatar las disposiciones que se dicten por los órganos correspondientes, en la medida en que éstas resulten razonables, carácter éste no discutido en autos, sobre todo si tenemos en cuenta que tales resoluciones nacen del ejercicio de una facultad emergente de la ley.

El haberse incorporado al organismo sin reserva alguna, incluso haber abonado las cuotas durante un período prolongado, y haber hecho uso de los beneficios acordados, implica consentir la ley, y en la medida en que las resoluciones que se dicten no resulten irrazonables, las mismas no podrán ser impugnadas, y menos aún pretendiendo dejar sin efecto una facultad de la asamblea que emerge de la ley. Y es que la actitud definida que supone reconocer la validez de una ley u ordenanza debe ser considerada como una renuncia a impugnarla después (CS, *Fallos*: 187:444). Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 16/12/91, autos 7747-12.761, “García, José Fernando y otros c/Banco Popular Argentino SA s/Acción de nulidad. Ordinario”, L. de A., Tº 81, Fº 62/63; ídem, 15/8/89, L. de A., Tº 74, Fº 153/155: “este tribunal, en casos análogos al presente, ha sostenido que por aplicación de lo dispuesto en el inciso 6º del artículo 55 del CPC, Provincia de San Juan corresponde “suspender” la tramitación del juicio fijándole al mandante un plazo para que comparezca, por sí o por apoderado y recién, si vencido el mismo, no lo hace, continuar el juicio (cfr. L. de A., Tº 74, Fº 153/155). Ése es a nuestro criterio el procedimiento legal correcto y no la declaración ipso iure de inexistencia del acto como lo pretende el apelante. Ésta

ejercicio de la defensa; 3) El asesoramiento y consejo legal en las cuestiones que se les sometan, evacuando las consultas verbalmente o por escrito; 4) El estudio y concreción de las bases legales para la realización de todo acto jurídico que se les encomiende”.^{14 15}

A su vez, en el siguiente se estatuye que “los abogados pueden representar en juicio a otras personas sin necesidad de inscripción en la matrícula de procuradores y de rendir fianzas”.

Pero es en los arts. 19 y 29 de la ley orgánica del Foro de Abogados, donde se define el perfil deseado para el abogado sanjuanino.

En ese sentido, el art. 19 regla que “es obligación del Abogado: 1) Ser desinteresado, probo y digno en su conducta profesional; 2) Guardar celosamente su independencia hacia el cliente, los poderes públicos y especialmente los magistrados; 3) Respetar y hacer respetar la ley y las autoridades públicas; 4) Aceptar nombramientos de oficio, defensa de pobres, suplencia de magistrados; usar en sus ex-

es, por otro lado, la directiva trazada por la mejor doctrina al sostener –comentando una disposición similar al CPCN– que “esta última expresión debe entenderse en sentido amplio, o sea como comprensiva tanto de la incapacidad cuanto de cualquier otro motivo que obste legalmente a la actuación procesal del apoderado, como puede ser la incompatibilidad profesional o la suspensión o la eliminación de la matrícula” (cfr. Lino Palacio y Adolfo Alvarado Velloso, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. II, p. 500). Adhiriendo a ella así lo hemos decidido antes de ahora (cfr. L. de S., Tº 59, Fº 79/86)”

14 Art. 18 Ley Foro de Abogados de San Juan: “Sin perjuicio de los demás derechos que les acuerden las leyes, es facultad de los abogados en ejercicio de su función, requerir información de las entidades públicas y privadas concerniente a las cuestiones que se le hayan encomendado, en lo que sea pertinente; asimismo, tener libre acceso personal a todos los archivos y demás dependencias administrativas en las que existan ficheros de antecedentes. Se exceptúan de ésta disposición aquellas informaciones de carácter estrictamente privado y aquellas informaciones de carácter estrictamente privado y aquellos registros, archivos de dependencias cuyas constancias se declaren reservadas, por disposición expresa de leyes o reglamentos respectivos. En estos casos, el abogado deberá requerir el informe por intermedio del Juez de la causa”.

15 Cámara Cont. Administrativa 2º Nominación de Córdoba, Sent. 55, 11/4/00. “Mieleck de Flores Vera, Cristina Matilde c/ Caja de Previsión y Seguridad Social de Abogados y Procuradores de la Provincia de Córdoba – Plena Jurisdicción”. En el fallo se dijo que “*el ejercicio profesional del abogado no está reducido exclusivamente a su intervención en litigios jurisdiccionales, por el contrario, la ley de colegiación 5805 establece literalmente como primera facultad del abogado, el desempeño de su ministerio, en sus distintas formas: asesoramiento, patrocinio, representación, defensa y otras funciones que le están encomendadas por la ley*”.

presiones verbales o escritas, de la moderación y energías adecuadas, tratando de decir todo lo necesario, pero nada más que lo necesario al patrocinio.5) Hacer conocer a los consultantes su posición jurídica dentro del planteo de los hechos que se le expongan y documentación que se le exhiba; 6) Agotar todas las posibilidades a su alcance, antes de iniciar acción judicial, para llevar a su cliente a una solución conciliatoria con la contraparte, respecto de sus intereses; 7) Guardar secreto profesional respecto a los hechos que ha conocido con motivo del asunto encomendado o consultado con las salvedades establecidas por la ley; 8) Hacer saber al Abogado o Procurador que haya atendido causas de particulares, toda gestión dirigida a la sustitución de la representación como medio de evitar lesiones de tipo ético o patrimonial; 9) Comunicar de inmediato al Director el cambio de domicilio legal o real y cumplir con las cargas inherentes a sus funciones, que le impongan las leyes”.

Esta norma, no constituye una mera declaración de principio de cómo debería ser la conducta del abogado cuando ejerce su profesión, sino su relevancia surge que es un mandato normativo expreso cuyo cumplimiento es obligatorio.

Además de ello, configura un parámetro cierto para medir en juicio cuando se configura una conducta profesional reprochable.

Para cerrar el perfil deseado, el art. 20 regula que “le está prohibido al Abogado: 1) Aceptar la defensa de una parte si ya hubiera asesorado a la otra; 2) Patrocinar o representar a partes contrarias cuando los letrados respectivos se encuentren asociados entre sí; 3) Procurarse clientela por medios incompatibles con la dignidad profesional; 4) Publicar avisos que puedan inducir a engaño a los clientes u ofrecer servicios violatorios de la ética profesional; 5) Celebrar contratos de sociedad profesional con personas que no sean abogados o procuradores; 6) Retardar innecesariamente el patrocinio o trámite en los asuntos a su cargo; 7) Hacer abandono, en perjuicio de su cliente, de los asuntos que se le hubieren encomendado, sin causa justificada; 8) Sustituir al abogado o procurador en el mandato o patrocinio de un litigante, cuando ello provoque la separación del Juez de la causa por algún motivo legal; 9) Observar una conducta

lesiva del honor, dignidad y decoro inherentes a su función; 10) Toda publicación de escritos judiciales antes de haber recaído sentencia ejecutoriada en el pleito relativo, salvo causa justificada y discutir en periódicos los asuntos pendientes de resolución; 11) En general todo acto u omisión que importe violación de las disposiciones expresadas en la presente ley y normas de ética”.

Como se puede colegir, el ámbito de actuación del abogado esta delimitada por la norma y ello ha sido descripto por Bustamante Alsina cuando señala que “el abogado en el ejercicio de su profesión desempeña una actividad extrajudicial que se exterioriza en el consejo legal o asesoramiento jurídico, en la intervención directa en la formulación jurídica de un negocio o en los arreglos y transacciones que ponen fin a cuestiones litigiosas o dudosas. En cuanto a su actividad judicial, se cumple mediante el patrocinio letrado en una causa o la defensa de un procesado o ejerciendo la representación de las partes en función de procurador¹⁶”.

La segmentación del actuar del profesional de la abogacía debe ser tenida en cuenta al momento de examinar cuales eran sus deberes y, a partir de ello, cuando incurrió en un accionar reprochable.

2.2. En la provincia de Mendoza.

En la provincia de Mendoza, el ejercicio de la abogacía y procuración esta reglamentada en la Ley 4976 (30/10/1984 - B. O. 1985/02/15 – N° arts.: 0123), en cuyo art. 1 considera que el ejercicio libre de esta profesión “importa una función social coordinada a los fines de la administración de justicia”.

La matriculación para el ejercicio de la abogacía tiene un régimen especial que se inicia con el pedido de inscripción en ella ante el Colegio de Abogados que corresponda al domicilio real del interesado (art. 5), cuyo Directorio verificará si el petitionante reúne los requisitos exigidos y no esta alcanzado por alguna de las inhabilidades prevista en la norma (art. 6). Cumplido el trámite verificadorio (art. 7) y acordada la matriculación el abogado prestará juramento

16 Bustamante Alsina, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, Novena Edición ampliada y actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 501.

ante la Suprema Corte (art. 8) de desempeñar su profesión con dignidad, decoro, probidad y con sujeción a las normas legales y éticas que lo reglamentan, observando y propiciando la observancia del orden jurídico nacional y provincial. La Suprema Corte formará la matrícula de abogados y procuradores llevando el registro pertinente.

En el ejercicio de la profesión incumbe al abogado, conforme reglamenta el art. 20: “a) patrocinar o representar a quienes requieran sus servicios, en el ámbito judicial o extrajudicial; b) evacuar consultas y prestar todo tipo de asesoramiento en materia jurídica. Dichas funciones le son propias y exclusivas, sin perjuicio de aquellas que se incorporen con motivo del ejercicio de la procuración. La intervención del abogado será obligatoria en todo lo que concierne a las incumbencias que se le atribuyen en la presente ley”.¹⁷

En cuanto a los deberes del abogado, el art. 25 enumera que debe: “1.-prestar su asistencia profesional en servicio de la justicia y en el ámbito judicial, colaborando con el juez; 2.-observar una conducta ajustada a los principios de lealtad, probidad y buena fe; 3.-intentar la conciliación; 4.-aceptar los nombramientos que le hicieren de oficio, los jueces o tribunales con arreglo a la ley, salvo justa causa de excusación; 5.-respetar a sus colegas; 6.-informar antes de tomar intervención o inmediatamente después -si las circunstancias no le permiten hacerlo antes-de su representación, patrocinio o defensa en juicio, al abogado que lo hubiere precedido en esos actos, excepto que este hubiere renunciado expresamente o se le hubiere notificado la revocación; 7.-guardar secreto de los hechos que hubiere conocido con motivo de su intervención profesional en asuntos que se le hubiere encomendado o consultado; 8.-emplear la mayor diligencia en la gestión encomendada mientras no se produzca la

17 Art. 21 Ley 4976.- En el ejercicio de su profesión, el abogado estará asimilado a los magistrados judiciales solo en cuanto al respecto y consideración que debe guardársele. La violación de esta norma constituirá falta grave y dará lugar a aplicación de sanciones, a instancia del profesional afectado o de la asociación profesional que corresponda. Art. 22 Ley 4976. Sin perjuicio de lo que dispongan las leyes procesales, es facultad de los abogados en el ejercicio de sus funciones, recabar directamente de las oficinas publicas y organismos oficiales, informes y antecedentes y solicitar certificados sobre hechos concretos atinentes a las causas en que intervengan. Estos pedidos deben ser evacuados por los organismos y

extinción legal de la relación profesional; 9.-atender habitualmente a sus clientes en el estudio, en donde se haya constituido el domicilio legal; 10.-patrocinar o representar a quienes gocen del beneficio de litigar sin gastos, en los casos que la ley determine y atender el consultorio jurídico gratuito del colegio al que pertenezca, en la forma que lo establezca el reglamento interno que aquel dictara; 11.-dar aviso al colegio de todo cambio de domicilio, del cese del ejercicio profesional y de su reanudación; 12.-tener estudio o domicilio especial dentro de la circunscripción del colegio al que pertenezca, sin perjuicio de su actuación en otras circunscripciones; 13.-cumplir las resoluciones de los órganos del colegio de abogados y procuradores de la provincia y ajustar su conducta profesional a las normas de ética; 14.-limitar la publicidad profesional a la difusión del nombre y apellido, títulos científicos, especialidad, domicilio, número telefónico y horarios de atención, utilizando los medios comunes de propagación; 15.-observar fielmente la constitución nacional y la legislación que en su consecuencia se dicte. La precedente enumeración no es excluyente de otros deberes que surjan de las normas sustanciales y procesales que resulten aplicables a la relación jurídica que se entable con el cliente, o de la propia naturaleza del ejercicio profesional que regula la presente ley”.

En esta enumeración se destaca el contenido del inc. 2 dado que ordena como debe ser la conducta del abogado en el ejercicio de su profesión, leal, proba y de buena fe, razón por la cual esta norma se erige en un parámetro válido para medir cuando el abogado no cumplió correctamente su contrato de servicio.

Por otra parte, el inc. 7, introduce expresamente obligaciones post contractuales al abogado al exigirle que debe guardar secreto de los hechos que hubiere conocido con motivo de su intervención profesional en asuntos que se le hubiere encomendado o consultado.

Para completar el panorama de cómo debe ser el actuar profesional de los abogados en la provincia de Mendoza, resulta ineludible transcribir las prohibiciones contenidas en el art. 26. Ellas son: “1.-patrocinar, representar o asesorar, en forma simultanea o sucesiva, a personas que tengan intereses contrarios en una litis, salvo la

presentación conjunta prevista por el art. 67 -bis de la ley 2393. Esta prohibición se extiende a los abogados asociados en un mismo estudio; 2.-intervenir profesionalmente en procesos judiciales en cuya tramitación hayan actuado como magistrados o funcionarios judiciales o administrativos; 3.-procurarse clientela por medios incompatibles con el decoro, probidad y dignidad profesional y en especial, por medio de terceras personas o intermediarios; 4.-ofrecer servicios para la obtención de soluciones abiertas o encubiertamente contrarias a la ley, la moral o el orden público; 5.-evacuar consultas jurídicas y consultas sobre casos litigiosos particulares por medios de comunicación masiva; 6.-disponer la distribución o participación de honorarios con personas que carezcan de título habilitante para el ejercicio profesional; 7.-asegurar al cliente el éxito del pleito; 8.-retener indebidamente documentación perteneciente a sus clientes o demorar injustificadamente la entrega de dinero o valores y siempre que sean requeridos en forma fehaciente y expresa; 9.-tener trato profesional, directo o indirecto con la contraparte, prescindiendo del profesional que la representa, patrocina o asista; 10.-facilitar de cualquier forma, el ejercicio de funciones propias del abogado por quienes carecen de título habilitante o por quienes teniéndolo por cualquier causa no pudieren ejercerlas; 11.-contratar el monto de los honorarios con arreglo al tiempo que demande la actividad profesional que se obligue a prestar; 12.-ejercer el patrocinio o representación en los procesos judiciales en que hayan tenido o tengan intervención como contadores, síndicos, peritos o desempeñen cualquier otra función considerada auxiliar de la justicia; 13.-actuar como patrocinantes, defensores o mandatarios en contra del estado provincial sus dependencias y reparticiones descentralizadas o desconcentradas, sus empresas, sociedades del estado y/ o municipalidades, cuando los profesionales se desempeñen como asesores letrados, contratados o empleados, de cualesquiera de ellas, en recursos administrativos o acciones judiciales; salvo lo dispuesto en el art. 29 de la ley 4976.- (texto según ley 5103, art. 2 -incorporado-)"

De la enumeración interesa particularmente para esta investigación donde se analiza la responsabilidad civil del abogado, el inciso

7 en el cual se le prohíbe que asegure al cliente el éxito del pleito. Ello viene a colación por cuanto si se asegura el éxito estaríamos frente a una obligación de resultado y no de medio, más allá de la reprochabilidad ética de tal promesa.

Por otra parte, el inc. 8 impide retener indebidamente documentación perteneciente a sus clientes o demorar injustificadamente la entrega de dinero o valores y siempre que sean requeridos en forma fehaciente y expresa. Es decir, no puede retener indebidamente los bienes que son de propiedad de su cliente cuando ello sea requerido, pues de otro modo corre el riesgo de incurrir en la tipificación de delitos punidos por el Derecho Penal, mas allá de las sanciones civiles.

Por su parte, el Código Procesal Civil de la provincia de Mendoza (Ley 2.269, 29/10/1953, B.O.9/12/1953 – N° arts. 0435)¹⁸ en el art. 29 se reglamenta la representación procesal, cuando se exige que “I- cuando los litigantes actúen por medio de representantes conforme al art. 20 o, estos deberán acreditar la personería en su primera presentación, con el documento pertinente; no se dará curso a esta en caso contrario. Cuando se invoque un poder general o especial para varios actos, se lo acreditara con la agregación de una copia integra firmada por el Letrado patrocinante o por el apoderado. De oficio o a petición de parte podrá intimarse la presentación del testimonio original. Si este no fuere presentado o resultare insuficiente la representación invocada, se tendrá por nulo todo lo actuado con dicha invocación, sin perjuicio de las acciones que correspondan contra el profesional, conforme al artículo 47. (texto según ley 592/75, art.1)”.¹⁹

18 Ley general vigente con modificaciones. Texto ordenado al 13/02/2009. Ver además Ley 7494 sobre necesidad de reforma y además Ley 7855 sobre notificaciones digitales, art. 5.

19 El art- se completa: “II - Sin embargo mediando urgencia y bajo la responsabilidad propia si fuere procurador de la matricula y de un letrado en caso contrario, podrá autorizarse a que intervenga a quienes invocan una representación, la que deberán acreditar en el termino de diez días de hecha la presentación, bajo apercibimiento de desglose de la misma del expediente y su devolución, como también del pago de las Costas y daños y perjuicios. En casos especiales el juez podrá acordar un mayor plazo para justificar la personería. (texto según ley 3414, art.1). III - los padres que comparezcan en representación de sus hijos y el Marido que lo haga en nombre de su mujer, no tendrán obligación de Presentar las partidas pertinentes, salvo que el juez, a petición de interesado o de oficio, los

Por su parte, el art. 30 impone que “el representante tiene los mismos deberes y facultades procesales de su representado, si no hubieren sido disminuidos legal o convencionalmente, pero no responde por las costas, daños y perjuicios, salvo el caso del artículo 36. Debe continuar el trámite del proceso en todas sus etapas, incluso incidentes y recursos, y deberán entenderse con el las actuaciones judiciales, excepto las citaciones para cumplir actos personales. Los representantes legales pueden absolver posiciones y reconocer o desconocer firmas por sus representados, con la salvedad hecha en el primer apartado. Los apoderados judiciales solo pueden absolver posiciones con la conformidad de la contraria”.

Se destaca de esta norma, para la responsabilidad civil el deber de cumplir con todas las etapas del trámite, incluyendo el deber de interponer los recursos pertinentes.

El art. 33 reglamenta el patrocinio letrado facultativo y obligatorio.

Finalmente, cabe resaltar que el art. 34 estatuye cuales son los deberes y facultades de los abogados al expresar que “además de los deberes y facultades genéricos establecidos en las leyes y en el artículo 22 de este código, los abogados se ajustaran a las siguientes normas: 1o) la asistencia a su cliente es sin perjuicio de su colaboración con los jueces para la justa y pronta solución de los litigios. 2o) deberán procurar el avenimiento, antes y durante el desarrollo del proceso. 3o) deberán redactar y suscribir todo escrito donde se planteen, contesten o controviertan cuestiones de derecho, y asistir a sus patrocinados en las audiencias, haciendo uso de la palabra por ellos, salvo cuando por ley o disposición judicial, deba hacerlo el litigante o quien lo representa y sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo precedente”.

Concordante, el art. 22 regla que “los litigantes, sus representantes y abogados, tienen el deber de actuar lealmente y con probidad, expresando al tribunal los hechos verdaderos: pueden ser objeto

emplazara a presentarla. En este caso es aplicable el segundo párrafo del apartado precedente. IV - La ratificación expresa del litigante o de sus representantes legales, convalida las actuaciones cumplidas a instancia de un representante que no acreditó debidamente su personería.

de sanciones si se apartaren de estos principios y pasible de los daños y perjuicios que su actitud maliciosa y deslealtad ocasionare”.

Como se infiere la ley adjetiva mendocina, se ha preocupado y ocupado por reglamentar el buen comportamiento de los profesionales de la abogacía en esa jurisdicción.

2.3. En la provincia de San Luis.

En la provincia de San Luis, la Ley N° XIV-0457-2005, modificada por la Ley N° XIV-0528-2006, reglamentó, en su art. 17, que en cada una de las circunscripciones judiciales funcionaría un Colegio de Abogados que juntos integran el Colegio Forense de la Provincia.

Esta ley, en su art. 1, precisa que “el ejercicio de la profesión de abogado, comprende: a) La defensa, patrocinio o representación de los derechos y de los intereses de las personas en causa propia o ajena, en juicio o proceso o fuera de ellos. b) El asesoramiento y consejo legal en las cuestiones que se le sometan, evacuando las consultas verbalmente o por escrito. c) El estudio y redacción de toda clase de documentos de naturaleza o efectos técnicos-jurídicos”.²⁰

A su vez, en el art. 8 establece que los derechos que tienen los abogados para ejercer su profesión, son los siguientes: a) La libertad de información en lo concerniente a las cuestiones específicas de la profesión, que le hayan sido encomendadas. A tales efectos podrán requerir información en lo concerniente, de las entidades públicas y privadas, como así también tendrán libre acceso personal, a todos los archivos y demás dependencias de la administración pública en las

20 Art. 2°.- Para ejercer la profesión de abogado en jurisdicción de la provincia de San Luis, se requiere: a) Tener título de abogado expedido por Universidad Nacional, por Universidad Provincial reconocida por autoridad nacional competente, por Universidad Privada conforme con la ley que rige el funcionamiento de las mismas, o por Universidad Extranjera cuando la ley argentina o tratado celebrado por la República, le otorgue validez o estuviere revalidado por Universidad Nacional. b) Estar inscripto en la matrícula según el régimen creado por la presente Ley. Art. 3°.- Los abogados matriculados pueden representar en juicios a otras personas sin necesidad de la inscripción en la matrícula de procuradores, excepto los que tengan domicilio real fuera de la Provincia, quienes para ejercer la procuración deberán constituir fianza conforme con el Artículo 54 de la presente Ley.

que existan antecedentes. Se exceptúan de esta disposición aquellas informaciones de carácter estrictamente privado, y aquellos registros, archivos dependencias, cuyas constancias se declaran reservadas por prescripción expresa de las leyes o reglamentos generales respectivos. En tales casos, el abogado deberá requerir el informe por intermedio del Juez o Tribunal de la causa. b) La inviolabilidad de la documentación que obra en los legajos y archivos de su estudio jurídico. A este fin en todos los casos en que por orden de la autoridad competente deban efectuarse allanamientos a estudios de abogados matriculados, deberá comunicarse bajo pena de nulidad, al Directorio del Colegio de Abogados a cuya jurisdicción corresponda, el que deberá hacerse presente en el procedimiento en cumplimiento al art. 34 de la Constitución Provincial la notificación deberá hacerse con VEINTICUATRO (24) horas de anticipación”.

Por su parte, en el siguiente se enumeran las obligaciones: “a) Guardar celosamente su independencia hacia el cliente, los poderes públicos y especialmente los magistrados. b) Respetar y hacer respetar la ley.- c) Prestar su asistencia profesional como colaborador del Juez y en servicio de la justicia; aceptar los nombramientos que le hicieren los jueces o tribunales con arreglo a la Ley, pudiendo excusarse solo con causa debidamente fundada; y atender el Consultorio Jurídico Gratuito del Colegio de su Jurisdicción en la forma que establezca el Reglamento respectivo.- d) Hacer conocer a los consultantes su posición jurídica dentro de los hechos que se le expongan o documentación que se le exhiba. e) Agotar todas las posibilidades a su alcance, antes de iniciar la acción judicial, para llevar a su cliente a una solución conciliatoria con la contraparte respecto de sus intereses, o bien por disuadirlo de intentar aquélla cuando sea a su juicio notoriamente improcedente. f) Guardar secreto profesional respecto de los hechos que ha conocido con motivo del asunto encomendado o consultado, con las salvedades establecidas por la ley. g) Usar en sus escritos o en sus expresiones verbales, de la moderación y energía adecuadas, tratando de decir todo lo necesario, pero nada más que lo necesario al patrocinio o representación que ejerza. h) Hacer saber al abogado o procurador que haya atendido causas particulares, toda

gestión dirigida a la sustitución de la representación, como medio de evitar lesiones de tipo ético o patrimonial. i) Comunicar de inmediato al Directorio del Colegio de Abogado de la circunscripción que corresponda, el cambio del domicilio legal o del real. j) Cumplir y velar por el cumplimiento de las normas de ética profesional”.

Para el tema que examinamos resulta de importancia el inc. d), toda vez que impone lo que modernamente se conoce como el derecho a la información que tiene el cliente y el inc. f) que regula el deber post contractual de no divulgar la información a la cual tuvo acceso.

En cuanto a las prohibiciones enumeradas en el art. 10²¹ rescatamos la prevista en el inc. e) que le impide al abogado hacer abandono sin causa justificada, y en perjuicio de su cliente, de los asuntos que se le hayan encomendado.

Por su parte el Código Procesal Civil y Comercial estatuido por Ley N° VI-0150-2004 (5606) (Modificada por Ley N° VI-0151-2004 (5667 *R), 11/8/2004 y por Ley N° VI-0688-2009, 2/12/2009), se previó, en el art. 50 que “el apoderado estará obligado a seguir el juicio mientras no haya cesado legalmente en el cargo. Hasta entonces las citaciones y notificaciones que se hagan, incluso las de las sentencias definitivas, tendrán la misma fuerza que si se hicieren al

21 Art. 10.- Sin perjuicio de lo que dispongan las leyes generales y normas de ética profesional, le esta prohibido al abogado: a) Aceptar la defensa de una parte si ya hubiere asesorado a la otra. b) Patrocinar, representar o asesorar, individual y simultáneamente a partes contrarias, cuando los abogados respectivos se encuentran asociados entre sí o tengan intereses profesionales comunes en un mismo Estudio. c) Aceptar patrocinio o representación en asuntos en que haya intervenido un colega, sin avisar previamente a éste. d) Sustituir a otro abogado o procurador en el mandato o patrocinio de un litigante, cuando ello provoque la separación del juez de la causa por motivo legal. e) Hacer abandono sin causa justificada en perjuicio de su cliente-, de los asuntos a su cargo. f) Celebrar contratos de sociedad profesional con personas que no sean abogados o procuradores, o profesionales universitarios. g) Procurarse clientela por medios incompatibles con una leal competencia y la dignidad profesional. h) Ofrecer servicios violatorios de la ética profesional, y publicar avisos que de alguna manera pueden inducir a engaño de los clientes. i) Publicar o dar a publicidad, escritos judiciales antes de haber recaído sentencia ejecutoria en el pleito respectivo, salvo causa justificada por la defensa de un interés público, y discutir en periódicos los asuntos pendientes de resolución. j) Observar una conducta lesiva del honor, dignidad y decoro inherente a su función. k) Violar el régimen de incompatibilidad que determinan las prescripciones del Artículo 5°.

poderdante, sin que le sea permitido pedir que se entiendan con éste. Exceptúense los actos que por disposición de la ley deban ser notificados personalmente a la parte”.²²

También se reglamentó, sobre el tema investigado, en el art. 52 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”.

En cuanto a la actuación como patrocinante, los arts. 56 a 58 reglamentan sin precisar sus obligaciones.²³

En esta jurisdicción, siguiendo los lineamientos generales, se han adoptado parámetros para describir cual es el perfil del abogado honrado y diligente que quieren para atender el derecho de defensa de sus ciudadanos.

3. Los deberes profesionales del abogado.

En el punto anterior, se ha verificado el modo como la norma orgánica define el perfil de un buen profesional abogado. De ellas, vale destacar por su importancia a la hora de evaluar la conducta llevada a cabo en el ejercicio concreto de la profesión que debe hacer conocer a los consultantes su posición jurídica dentro del planteo de los hechos que se le expongan y documentación que se le exhiba. Este deber impuesto esta vinculado con lo que modernamente se conoce como el deber de informar a la otra parte (en el caso, al cliente)

22 Art. 49: Efectos de la presentación del poder y admisión de la personería. Presentado el poder y admitida su personería, el apoderado asume todas las responsabilidades que las leyes le imponen y sus actos obligan al poderdante como si él personalmente los practicare. Art. 51: Alcance del poder. El poder conferido para un pleito determinado, cualesquiera sean sus términos, comprende la facultad de interponer los recursos legales y seguir todas las instancias del pleito. También comprende la facultad de intervenir en los incidentes y de ejercitar todos los actos que ocurran durante la secuela de la litis, excepto aquellos para los cuales la ley requiera facultad especial, o se hubiesen reservado expresamente en el poder.

23 Art. 58: Dignidad. En el desempeño de su profesión, el abogado será asimilado a los magistrados en cuanto al respecto y consideración que debe guardársele.

cuando se celebra un contrato y, también, con el deber de conocer el estado actual del pensamiento autoral y jurisprudencial del tema que se le consulta.²⁴

De igual modo, se verifica que la ley orgánica impone al abogado como obligación profesional que no debe retardar innecesariamente el patrocinio o trámite en los asuntos a su cargo ni puede hacer abandono, en perjuicio de su cliente, de los asuntos que se le hubieren encomendado, sin causa justificada.

A estos deberes específicos que impone la norma orgánica se le debe sumar las previsiones generales del Código Civil, como es el contenido del art. 512, cuando regla que la culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. O, la previsión del art. 902, en la cual se fija como parámetro para medir la culpa que 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.

Padilla, enseñaba que “la responsabilidad del abogado, principia con el juramento profesional y su inscripción en la matrícula, y se pone a prueba en la consulta, en la dirección del asunto –que debe ser personalísima –, en el consejo diario, etcétera. Esta responsabilidad reza no solamente con el cliente, sino también con la parte contraria y con la sociedad, que han confiado en el honor, honestidad y preparación del abogado, para que se eviten pleitos contra toda razón y ley, destinados a ser perdidos de antemano.”²⁵

24 Ossola, Federico – Vallespinos, Gustavo, “La obligación de informar”, (Advocatus, Córdoba, 2001), pág. 109, conceptualizan que “los deberes, relaciones jurídicas obligatorias o carga de informar son los que existen en cabeza de todas las partes durante la totalidad del iter contractual. Su fundamento es la buena fe. Su objeto es comunicar debidamente determinada información que la otra parte desconoce, en algunos casos asesorando, aconsejando o advirtiendo. Su cumplimiento, según el caso, es presupuesto necesario para una debida formación del consentimiento y del contrato y una completa consecución de los fines que llevaron a las partes a contratar”.

25 Padilla, Francisco A. “Ética y cultura forenses”, Córdoba, 1962, pág. 41, citado por Bustamante Alsina, ob. cit., pág. 501.

El cuadro de situación no varía en lo sustancial en el contenido del proyecto de la Comisión designada por Decreto 191/2011, integrada por Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, que unifica los regímenes de responsabilidad y describe, en el esbozado art. 1722, que “son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. 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. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

Asimismo, en el proyectado art. 1723 se regla el modo de valorar la conducta cuando se prevé que “cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”.

Como se colige, se consagra como principio general, la *culpa in concreto*, teniendo en cuenta todas y cada una de las circunstancias que giran alrededor del acto o hecho generador del daño. En particular para los abogados se regla que serán culpables cuando sean impenidos en el arte o profesión y se debe tomar en cuenta su condición especial de titulado académicamente en la universidad, en las ciencias jurídicas, como condición especial relacionada con su persona.

A partir de esta introducción importa conocer cuál es el pensamiento de la doctrina judicial sobre los deberes profesionales del abogado que observaremos primero, en general, y luego en las exigencias particulares.

3.1. La génesis contractual de los deberes profesionales.

Para precisar el alcance de los deberes resulta ineludible, en el sistema bipartito de responsabilidad reglado por el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield, conocer cual es el origen de sus obligaciones profesionales. En ese sentido, existe criterio unánime que entre el abogado y su cliente se celebra un contrato de prestación de servicios profesionales que tiene características particulares, en función del apoderamiento o no del abogado, dado que en el primer caso, se suman los deberes de la procuración al patrocinio letrado.

La doctrina judicial de la Provincia de San Juan, fijó criterio sobre el tema al sostener que *“el profesor Luis O. Andorno recuerda que “en general se está conteste en que la relación jurídica existente entre el abogado y su cliente, tanto en el ámbito de la actuación judicial como extrajudicial, se desenvuelve en el plano contractual. De allí por tanto que en principio la responsabilidad del abogado en lo que atañe a las relaciones con su cliente deba ser considerada como contractual...” (La responsabilidad de los abogados, en el libro Derecho de Daños, Primera Parte, La Rocca, Buenos Aires, 1991, p. 473).*

Este autor precisa que “se renuevan las discrepancias existentes en el campo de las responsabilidades profesionales en lo que atañe al carácter del vínculo contractual existente entre el abogado y el cliente”.

Por ello, estima que “dependerá por tanto de las circunstancias particulares de cada relación jurídica nacida entre el abogado y el cliente caracterizar la vinculación existente entre los mismos. En unos casos se podrá tratar de una locación de servicios, en otros se estará frente a una locación de obra o a un mandato...” (p. 477).

En el caso de autos, ha quedado debidamente acreditado que el daño reclamado encuentra su causa productora en la declaración de caducidad de la instancia declarada, razón por la cual corresponde precisar si la misma le es imputable a los profesionales de la abogacía por haber incurrido en algún factor de atribución²⁶”.

26 Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, Sala Primera, 25/6/2004, autos 17.582, “Montaño, Isidro Feliciano c/G., M. H. y otro s/ Cobro de pesos. Ordinario”, L. de S., T° 88, F° 51/59. (voto Dr. Alferillo).

Con igual criterio, se juzgó que “el abogado responde frente al cliente conforme a las reglas del mandato, pero como ya lo expresara en general el tipo de contrato que lo liga a su cliente es una locación de servicios. Todo ello está regulado en el artículo 1623 y siguientes del Código Civil y que consiste en la obligación de una de las partes de “prestar un servicio”, califica como “obligación de hacer” y para la otra parte a pagar por ese servicio un precio cierto en dinero. Siempre se trata de una obligación de medios y no de resultado, aunque por cierto cuando el cliente da mandato a su abogado para promover una acción judicial lo que pretende es que dicha acción sea concluida, esto es que el profesional ponga a su servicio todos sus conocimientos y obre diligentemente a fin de que el proceso concluya, aun cuando no se pueda garantizar su resultado²⁷”.

En otras palabras, la relación profesional “abogado – cliente” se desarrolla en el marco de los derechos y obligaciones asumidas en el contrato que se celebró entre ellos, razón por la cual –mas allá de conocer el pensamiento de la doctrina en general– es importante precisar las características de la actuación profesional para fijar cuales eran los deberes asumidos. Es decir, en palabra de la magistratura, *“la responsabilidad del abogado en relación a su cliente es contractual, por lo que se encuentra obligado a poner su diligencia, ciencia y prudencia en beneficio del cliente, en orden a la obtención de un resultado favorable a éste²⁸”.*

En el proyecto elaborado por la Comisión Decreto 191/2011, ello no varía en lo sustancial dado que en el art. 1714 CC y C Dec., se bosqueja 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”. Y, en el art. 1715 CC y C Dec., se bosqueja respecto de la antijuricidad que “cual-

27 Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Tercera, 26/8/96, autos 5493, “Velásquez de López, Beatriz c/M. A. G. y otro s/ Daños y perjuicios. Sumario”, L. de S., año 1996, Tº II, Fº 318/328.

28 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 02/09/2003, “Carneiro de Trujillo, Mirta B. c. V., N.”, DJ 2004-1, 44, AR/JUR/3255/2003

quier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”.

Mas allá de unificar el régimen se reconoce el origen diferenciado de la antijuricidad que en nuestro caso está vinculado al incumplimiento por el profesional de la abogacía de las obligaciones contractuales asumidas con su cliente.

3.2. La vinculación abogado - cliente.

A partir de conocer que la relación entre el profesional de la abogacía y su cliente tiene un origen contractual, implica la existencia de un pacto en el cual, conforme a las características y naturaleza del problema jurídico que el cliente le presenta al abogado se definen las obligaciones asumidas por el profesional y también las del particular requirente del servicio legal.

Entre esas obligaciones, existen dos principales, la del abogado de prestar adecuadamente sus servicios profesionales y, la del cliente, de abonar la remuneración que normalmente se conoce bajo la denominación de honorarios.

Sin perjuicio de ello, existen otros deberes que en doctrina se los conoce como secundarios, de colaboración o de cooperación que están a cargo del cliente que es el titular del derecho o del interés en conflicto. Es él quién conoce el tema en toda su dimensión y debe transmitirlo al abogado para que éste le dé, el correcto encuadre jurídico. Va de suyo que si no se hace conocer al abogado toda la verdad fáctica del problema, difícilmente éste podrá realizar correctamente su cometido en lo sustancial.

El cliente pone el problema; el abogado su ciencia y diligencia en la conducción del trámite.

La doctrina judicial al referirse a la cuestión entendió que *“la realidad profesional que se ejerce en la abogacía como una cuestión absolutamente dinámica y en donde, el valor de la colaboración del cliente con su patrocinante no es una cuestión menor y por lo tanto, al tiempo de evaluar las responsabilidades profesionales de los abogados no se puede dejar de atender. En este tipo de profesión, la colaboración del cliente, resulta mucho más evidente y notorio que en otros*

ámbitos profesionales que resultan más especulativos y donde el profesional, puede por sí mismo, conocer cabalmente la realidad del asunto en cuestión desde su propia ponderación o juicio profesional²⁹”.

De igual modo se juzgó que “aún cuando sea admisible reconocer la existencia de una mayor exigencia al abogado que al cliente lego, precisamente por el rol que aquél asume dentro del proceso y dentro de la incumbencia específica de las tareas para las cuales ha sido contratado, el cliente no queda totalmente liberado de cumplir con las obligaciones asumidas en esa especial relación contractual, como ser el deber de colaboración -en el caso, asumió personalmente la carga de publicar edictos en su concurso preventivo, lo cual demoró y culminó con la declaración de desistimiento-, a fin de posibilitar el cumplimiento adecuado de la labor encomendada al abogado³⁰”.

3.3. Los deberes profesionales del abogado.

La doctrina de los tribunales, en general estiman que “el abogado al servicio de su importante función, pone de su parte ciencia y experiencia e incurre en responsabilidad cuando infringe los deberes concernientes al patrocinio o a la representación encomendada³¹”.

Sobre esa idea, se entendió que “el abogado a quien se le confía el asunto tiene, hacia la persona que deposita en él su confianza, una responsabilidad ética y legal. Su omisión no consiste sólo en preparar escritos que necesariamente deben llevar la firma del letrado desentendiéndose de lo demás, sino el ejercicio pleno de la

29 Cám. Civ. y Com. de 2ª Nominación de Córdoba, “Winkler, Daniel Enrique c/ Enzo Dante Stivala – Ordinario”, Sentencia 37, 01/07/1999. (Voto del Dr. Andruet, por sus fundamentos). En este pronunciamiento se dijo que “en el ejercicio de la abogacía ello no acontece así, el abogado con independencia que sea apoderado o patrocinante, aunque con mayor severidad en la última de las hipótesis, puesto que esto se inscribe en una consideración rigurosamente deontológica, no puede prescindir de la colaboración de su cliente. No es que no pueda existir responsabilidad profesional, pero la causalidad de esa responsabilidad, se encuentra afectada acorde a las constancias igualmente existentes en la causa y que como tal, impiden el juzgamiento por tal motivo”

30 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 28/05/2004, “Carbone, Julia G. c. F. de M., D. V.”, DJ 2004-2, 824 - IMP 2004-B, 2882, AR/JUR/757/2004.

31 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 12/12/1979, “Fernández, Elena I. c. Nicosia, Horacio C.”, AR/JUR/505/1979.

dirección del juicio y el cabal cumplimiento de las obligaciones que ello comporta³²”.

De igual modo se asevera que “en todos los casos, ya se trate de mandato, locación de obra, etc., la responsabilidad del abogado es estrecha y grave. La comprometen el solo desconocimiento del derecho que profesa y practica, el consejo dado a la ligera sin el conocimiento previo del asunto y el estudio del derecho que lo rige, la inadvertencia a su cliente de los peligros de una situación en que puede verse envuelto. Tales actos positivos o negativos del abogado pueden ser calificados como fruto de su negligencia y, por lo tanto, generadores de responsabilidad a favor de su cliente por los daños que éste experimente en virtud de aquellos actos³³”.

También se ha precisado que “el abogado que asume, en función de su capacidad técnica y monopolio de actuación ante tribunales, la dirección de un proceso judicial en cumplimiento del requerimiento efectuado por el litigante, acepta las responsabilidades de un mandatario conforme lo especificado en los artículos 1869, 1870, inciso 6°, siguientes y concordantes del Código Civil. A la par de ello y para completar la configuración interna del pacto que une al cliente con su abogado en un proceso, no cabe lugar a hesitación, que se tiene particularmente en cuenta la calidad y titulación como abogado del mandatario, de donde para algunos autores se configura, en paralelo, un contrato de locación de servicio para asegurar que las obligaciones de éste son de medio y no de resultado.

Sin pretender acabar con el estudio de esta temática, para la hipótesis de conflicto que viene a resolución en estos autos, la conducta debida por el profesional de la abogacía, además de su asesoramiento técnico para el encuadre jurídico de la pretensión del cliente, es la interposición de la demanda, el seguimiento y control del proceso a los fines de que llegue a su destino final, la sentencia³⁴”.

32 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 14/04/1981, “Naumow, Marta S. c. Gutiérrez, Julio E.”, La Ley 1982-A, 212, AR/JUR/1740/1981.

33 Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala I, 31/08/1993, “A. de G., M. B. c. L., A. A. y otro”, DJ 1994-1, 362, AR/JUR/3109/1993.

34 Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 25/6/2004, autos 17.582, “Montaño, Isidro Feliciano c/ G., M. H. y otro s/Cobro de pesos. Ordinario”, L. de S., T° 88, F° 51/59. (voto Dr. Alferillo)

Es por ello que *“el deber de diligencia dentro del ámbito de la responsabilidad profesional le impone al letrado interviniente agotar todas las posibilidades con que cuenta no obstante la duda que pudiera tener sobre el andamiento de la acción³⁵”*.

También se debe tener en cuenta que *“el deber profesional de seguir las instrucciones del cliente existe en cuanto estas no sean contrarias a los deberes de la profesión y obsten a ellas las reglas procesales³⁶”*.

3.4. Las conductas debidas del abogado.

En la parte inicial de esta investigación habíamos anticipado que las conductas profesionales debidas por el abogado debían ser analizadas teniendo en cuenta, básicamente, si el cliente le había otorgado o no poder para actuar en su nombre y representación.

Por ello se resolvió que *“en el ejercicio profesional de la abogacía, frente al cliente que es asistido a través del mandato que se confiere al abogado, o bien cuando este último le brinda a aquél el patrocinio letrado, 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 obra³⁷”*.

3.4.1. Los deberes como patrocinante.

La actuación como patrocinante del abogado esta caracterizada por la carencia de mandato expreso para actuar por su cliente, circunstancia que resalta el accionar del propio cliente en las gestiones tendientes a la defensa de sus intereses. El particular se ha reservado la plena decisión en la procuración en los procesos judiciales como también en las etapas previas (extrajudiciales), pues el abogado no representa su voluntad sino que es necesaria su firma en los escritos del proceso como en las intimaciones para la validez de los mismos.

35 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 08/07/1999, “E. C., M. A. c. E. C.”, AR/JUR/1432/1999

36 Primera Cámara Civil, Primera Circunscripción Mendoza, expte. 170139 “Finos, J. A. Latino Saá Ordinario”, 14/08/1998, LS155-344.

37 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, 30/03/2004, R., S. c. G., N., LLBA 2004, 641, AR/JUR/882/2004.

En otras palabras, el accionar del cliente no es un deber secundario de colaboración sino es un compromiso asumido por su parte de convalidar con su firma cada acto que corresponda en derecho y el abogado le aconseje llevar a cabo en defensa de su interés. No se puede hablar de una obligación en el sentido técnico pues el abogado patrocinante no es acreedor de su cliente, dado que si este no quiere continuar o defender adecuadamente su derecho está en el marco de sus derechos personales y el abogado no puede exigirle que se defienda, sino simplemente asesorarlo de las consecuencias negativas de su accionar para su patrimonio. Pero, la voluntad del cliente necesita en juicio, ser completada con la firma del letrado para asegurar el pleno ejercicio del derecho de defensa.

Estos detalles son relevantes por cuanto el abogado debe conocer que no puede ir mas allá de la voluntad de su cliente, razón por la cual, verbigracia, es muy común que se declaren desiertos los recursos de apelación que carecen de la firma del sujeto patrocinado y solo cuenta con la del abogado.³⁸

38 Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 8/7/2011, autos n° 20.947 “Segobia Sergio Ernesto c / Luna Vargas Víctor Hugo – Daños y perjuicios “, (L. de A. T° 178, F° 172/174). En este fallo se juzgó que *“el segundo punto, se relaciona con el cuestionamiento a la declaración judicial de inexistencia de los actos procesales que no cuentan con la firma de la parte y se presentan con la del profesional de la abogacía sin poder para representar. Se verifica que la Ley 3738 en su art. 124 delega a las normas que dictare la Corte de Justicia la reglamentación para la redacción de las mismas. Y específicamente, en el art. 125, reglamenta la firma a ruego, lo cual implica que los escritos necesaria e ineludiblemente deben llevar la firma de la parte.*

El nuevo código de ritos, Ley 8037, regla expresamente la exigencia de la firma autógrafa de quien los presenta o, en su caso de la firma digital en las condiciones que establezca la ley de fondo. Es por ello que cuando se carece de la firma de la parte, no existe voluntad expresada de ella, es decir no hay acto jurídico procesal por lo cual no puede ser confirmado porque no existe como tal. La nulidad es para los actos no para los no actos”. En el mismo sentido en los autos, autos N° 20.673 caratulados “Velazquez Ivana Daniela c/ Romero de Bataller Nora y otros - Daños y Perjuicios”, (L. de S. T° 109, F° 187/190 - 31/3/2011), se especificó que *“el acto es completamente ineficaz, ni siquiera puede declararse su nulidad ya que al faltarle un requisito esencial entra en la categoría de actos procesales inexistentes. Esta categoría denominada de actos procesales inexistentes, obsta a la instancia revisora porque carece de virtualidad jurídica para producir sus efectos. Todo acto procesal idóneo tiene por objeto producir un efecto jurídico directo e inmediato en el proceso y para eso la persona o sujeto procesal ha de*

El abogado debe ir junto, en paralelo, a la voluntad de su cliente brindándole el asesoramiento correcto o patrocinando sus presentaciones.

El límite del accionar del abogado patrocinante no es preciso ni estanco, existe una zona gris importante que nace de su capacitación profesional que lo coloca en mejores condiciones técnicas respecto del cliente, el cual mas allá de su voluntad, recibe el consejo del abogado en quién ha depositado su confianza.³⁹

tener aptitud conducente a lograr tal finalidad. Cuando a los actos procesales les falta la firma del sujeto que está legitimado para actuar, las peticiones no pueden encausarse hacia la plenitud del acto decisorio, porque sin ese requisito subjetivo esencial que denota la voluntad declarada de quien desea producir un efecto directo e inmediato en el proceso, la del peticionante, no habrá destinatario para la resolución jurisdiccional en la esfera del derecho privado. Lo dicho concuerda con los principios generales y la doctrina que informa al art. 1012 del Código Civil. Guillermo Borda, a propósito de lo prescrito en esta norma dice: "La firma de las partes es una condición esencial para la existencia y validez de un instrumento privado. Sólo desde el momento en que la firma está estampada, debe considerarse que el otorgante ha tenido la intención de hacer suya la declaración de voluntad contenida en el instrumento" (Tratado de Derecho Civil, Parte General II-166; ed. Perrot 1976).

Lino Enrique Palacio, recordando jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 246:279), comenta: "Entre los requisitos mencionados, la firma del presentante es el que reviste mayor relevancia. De allí que se haya resuelto que el escrito carente de firma es un acto jurídicamente inexistente y ajeno, como tal, a cualquier posibilidad de convalidación posterior" (Derecho Procesal Civil, Tº IV-90; ed. Abeledo-Perrot 1988).

La imposibilidad de sanear el acto inexistente es total. Sólo está permitido convalidar el acto o subsanar sus deficiencias en el supuesto de nulidad de actos procesales cuando no haya sido consentido siquiera tácitamente por la parte interesada en la declaración (art. 176 CPC); pero ambas situaciones difieren substancialmente por la naturaleza y los efectos que tiene una y otra clase de actos. E acto inexistente ni siquiera ha nacido como acto, por eso no puede decirse de él que está afectado por un vicio en sus elementos formales, sino más bien por carecer de los requisitos mínimos y esenciales para configurarlo, por tal razón, tiene nada más que la apariencia de un acto jurídico, pero en realidad no lo es. Ante la ausencia de uno de sus requisitos esenciales es imposible la ratificación de lo actuado con posterioridad con la finalidad de conferirle validez, según la doctrina que comparte el tribunal. Esta calificación lo convierte en un escollo insalvable para poder valorarlo jurídicamente".

39 Sosa, Toribio E., "El abogado patrocinante y los escritos de mero trámite", LLBA 2006, 701. Este autor, como reflexión final, sostenía que "la ley 13.419: a. le otorga al abogado patrocinante ciertas atribuciones del procurador, y ahora no sólo éste sino ambos pueden presentar escritos de mero trámite sin la firma del

Es por ello que la doctrina judicial sostiene que *“la responsabilidad del abogado que actúa como letrado patrocinante es más amplia que la de simplemente suscribir los escritos del pleito al solo fin de cumplir un requisito formal. Si bien la decisión de demandar o no es exclusiva del cliente, es el letrado patrocinante- por su propia formación profesional- el que tiene la dirección técnica de su patrocinado en el pleito, debiendo poner en práctica todos sus conocimientos técnicos para lograr una sentencia favorable a los derechos de su patrocinado, lo que no significa- necesariamente- que lo logre. Es el patrocinante quien tiene que aconsejar a su cliente acerca de la conveniencia o inconveniencia de promover la demanda, incluso, debe negarse a suscribir la demanda si advierte que ella no tiene posibilidades de éxito, o que no cuenta con los medios probatorios necesarios para acreditar los hechos invocados en ella⁴⁰”*.

Esta idea quedó plasmada cuando se resolvió que *“la misión del abogado patrocinante no es sólo la de preparar los escritos que deban llevar su firma, sino que el patrocinio implica asumir la plena dirección del proceso, el cabal cumplimiento de los deberes que ello comporta y el empleo de toda su diligencia para conducirlo de la mejor manera hasta su terminación, y en esas condiciones no puede*

cliente; b. marca así una tendencia hacia la figura del abogado “defensor civil”, categoría superadora del dualismo apoderado/patrocinante o, si se quiere, resultante de la absorción del patrocinante por el apoderado o de la fusión de ambas calidades: desde el solo punto de vista del interés enfocado en el más simple acceso a la justicia y tránsito a través de ella, de lege ferenda no se ve por qué no pueda en todo tipo de juicio, y no sólo en aquéllos en que el valor pecuniario no supere los \$ 3.800 o en que se cuente con beneficio de litigar sin gastos, designarse abogado “defensor” con las atribuciones de mandatario judicial a través de acta labrada con intervención de la secretaría del juzgado; c. es herramienta cuyo uso por el abogado patrocinante, pese a resultar tentadora por razones de practicidad o comodidad, no es muy recomendable hoy por hoy, debido a la disparidad de criterios jurisprudenciales que probablemente se habrá de generar, de manera que debería ser prudentemente reservada para hipótesis donde claramente se trate de actividad procesal de mero trámite. No sea cosa que, por querer un medio de transporte más práctico o cómodo, nos podamos quedar sin viaje”.

40 Cám. Civ. y Com. de 2ª Nom. De Córdoba, “Winkler, Daniel Enrique c/ Enzo Dante Stivala – Ordinario”, Sentencia 37, 01/07/1999. (Voto del Dr. Zinny, por sus fundamentos)

*considerarse liberado de actuar con la suficiente diligencia y pericia y cuidar de no caer en inactividad procesal que pudiere derivar en la caducidad de la instancia*⁴¹”.

De igual modo es entendido, en la jurisdicción de la provincia de Mendoza, cuando sus tribunales sostienen que *“la misión del abogado patrocinante no se agota únicamente en preparar los escritos que deben contar con su firma, sino que debe emplear toda su diligencia para conducirlo de la mejor manera posible, hasta la terminación del proceso. Existe responsabilidad profesional del abogado patrocinante, cuando su conducta es la causa adecuada de la pérdida de la acción de daños y perjuicios, ya que se lo tiene al actor por desistido de la acción civil en sede penal por no haber concretado o formulado la pertinente demanda civil dentro del plazo legal correspondiente (art. 385 del C.P.P.)*⁴²”.

Es decir, *“la circunstancia de que el letrado no contara con poder suficiente para actuar por sus representados, no lo libera de la responsabilidad que como simple patrocinante le cabe”*. Pues, *“la circunstancia de que no se haya conferido mandato al abogado no excluye su responsabilidad por los errores cometidos en la tramitación del juicio, si ellos manifiestan una negligencia inexcusable o un injustificado desconocimiento de las reglas procesales, como cuando por inacción se decreta la perención de la instancia*⁴³”.

Este criterio es un clásico en la doctrina nacional donde se definió, hace ya largo tiempo, en la jurisdicción nacional que *“de acuerdo con lo que disponen los arts. 56 y conchs. del Cód. Procesal (Adla, XXVIIC, 2649), y en especial el art. 137 de dicho ordenamiento legal, el letrado patrocinante, aunque no ejerza representación por mandato, asume la responsabilidad en la dirección del pleito, razón*

41 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 16/08/2001, “Zuffo, Magdalena B. c. M. P., D. H.”, RCyS 2001, 895, AR/JUR/4900/2001.

42 Primera Cámara Civil, Primera Circunscripción Mendoza, expte. 33750 “Cucchiarelli, Juan Carlos y ot. Carlos Abarzúa Ordinario”, 01/11/2000, LS158-145.

43 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, AR/JUR/596/1991.

por la cual su notificación vincula a la parte como una consecuencia natural que emana de la ley ritual⁴⁴”.

Cuando se actúa como patrocinante, se debe tener en cuenta que el asesoramiento no está restringido exclusivamente a la parte sustancial del pleito, sino que sobre el profesional pesa el deber de informar al cliente sobre el procedimiento a seguir conforme a las normas adjetivas vigentes, darle a conocer cuáles son las opciones defensivas que se tengan para éste definir, con pleno conocimiento, el camino a seguir.

Es decir, el abogado patrocinante no debe tener una conducta pasiva en la tramitación judicial del pleito limitada a la simple firma de los escritos, sino que entre sus deberes está el de asesorar acabadamente al particular respecto de cómo canalizar su actuación en el trámite del pleito.

3.4.2 Los deberes como mandatario.

La actuación del profesional de la abogacía puede ejecutarse de conformidad a las reglas del contrato de mandato el cual tiene lugar, conforme el art. 1869 del Código Civil, cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza. En este caso será para representarla en las procuraciones judiciales como es autorizado por el inc. 6 del art. 1870 C.C.

En el código unificado preparado por la Comisión Decreto 191/2011 se define al mencionado pacto, en el art. 1319, precisando que “hay contrato de mandato cuando una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra”. Y, en el art. 1322, se presume su carácter oneroso al proponer que “a falta de acuerdo sobre la retribución, la remuneración es la que establecen las disposiciones legales o reglamentarias aplicables, o el uso. A falta de ambos, debe ser determinada por el juez”.

44 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 14/05/1980, “Genossenschaftliche, Zentralbank A. G. Stuttgart c. Lahan, José y otro”, AR/JUR/3873/1980.

En el proyecto se pone especial dedicación por regular, en el ámbito de los actos jurídicos, al tema de la representación cuando en el art. 358 se regla que “los actos jurídicos entre vivos pueden ser celebrados por medio de representante, excepto en los casos en que la ley exige que sean otorgados por el titular del derecho”.

Con relación a los deberes que asume el abogado como mandatario, básicamente se debe tener en cuenta el contenido normativo de los arts. 1904 y 1905 del C.C. de Vélez donde expresamente se regla que “el mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato, y responder de los daños y perjuicios que se ocasionaren al mandante por la inejecución total o parcial del mandato” y que su actuación “debe circunscribirse en los límites de su poder, no haciendo menos de lo que se le ha encargado. La naturaleza del negocio determina la extensión de los poderes para conseguir el objeto del mandato”.

En el código proyectado, se prevé en el art. 372 las obligaciones y deberes del representante, enumerando a los siguientes: “a) de fidelidad, lealtad y reserva; b) de realización de la gestión encomendada, que exige la legalidad de su prestación, el cumplimiento de las instrucciones del representado, y el desarrollo de una conducta según los usos y prácticas del tráfico; c) de comunicación, que incluye los de información y de consulta; d) de conservación y de custodia; e) de prohibición, como regla, de adquirir por compraventa o actos jurídicos análogos los bienes de su representado; f) de restitución de documentos y demás bienes que le correspondan al representado al concluirse la gestión”.

Por su parte, las obligaciones y deberes del representado se especifican en el art. 373 de la siguiente forma: “a) de prestar los medios necesarios para el cumplimiento de la gestión; b) de retribuir la gestión, si corresponde; c) de dejar indemne al representante”.

Como se colige, las particularidades del problema jurídico traído por el cliente al abogado determinan el alcance sustancial del poder conferido y, de suyo, los deberes de diligencia que asume el profesional.

Sobre el particular la doctrina judicial enseña que *“la responsabilidad del abogado en relación con su cliente es siempre de orden*

contractual, y en el caso en que actúa como apoderado, sus obligaciones se rigen por las reglas del mandato y por las normas respectivas de la ley 10.996 de ejercicio de la procuración ante los tribunales nacionales (Adla, 18891919, 1100), si se trata, como en este caso, de procesos ventilados ante dicha jurisdicción⁴⁵”.

De la misma manera se entendió que “si el abogado fue nombrado apoderado para cuidar los intereses del mandante, su obligación se encuentra sujeta a las reglas del mandato. En el caso, se hizo lugar a una demanda por daños y perjuicios al considerar que no había actuado con la diligencia suficiente para evitar que los montos embargados a su cliente no sufrieran los avatares de la inflación y sólo queda exento de responsabilidad, se cumpla o no el resultado, si obró empleando todos sus conocimientos, aptitud y diligencia, es decir, poniendo de su parte todos los medios idóneos y aptos en procura de aquella finalidad⁴⁶”.

En particular, se juzgó que “si el actor otorgó un mandato al demandado para que gestionara a su nombre un crédito y obtenido éste, lo garantizara constituyendo una hipoteca sobre el inmueble de su propiedad, corresponde establecer que el mandatario actuó de manera imprudente y sin emplear la diligencia necesaria que le hubiese permitido vislumbrar el daño que experimentaría el mandante, en tanto debió haberse abstenido de otorgar la escritura de constitución del gravamen hasta cerciorarse de modo fehaciente que éste efectivamente había percibido el mentado crédito⁴⁷”.

También se tiene en presente “el art. 1904, C.C. en cuanto dispone que “el mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato, y a responder por los daños y perjuicios que se ocasionaren al mandante por la inejecución total o parcial del mandato”, relacionado con el Art. 1.960 del mismo ordenamiento legal

45 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 27/07/1976, “Bachella, S. A., Pedro c. P., M. E.”, AR/JUR/293/1976

46 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 5a Nominación de Córdoba, 06/11/2003, “Bermúdez, Alejandro V. s/ suc. c. B., A. M.”, DJ 2004-2, 782 - LLC 2004 (mayo), 427, AR/JUR/5080/2003

47 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 06/02/2006, “L., R. A. c. V., L. S.”, RCyS 2006, 1064, AR/JUR/1380/2006

que dispone que “cesa el mandato por el cumplimiento del negocio...”, es fatal para las pretensiones del letrado, que teniendo todos los elementos para iniciar el juicio por cobro de arrendamientos que se le había encargado, no hizo nada durante cinco años y tampoco acreditó que el hoy actor no le entregara dinero para los gastos, no habiendo siquiera ofrecido prueba de sus dichos⁴⁸”

Las consecuencias dañinas del incumplimiento del mandato por el profesional de la abogacía serán examinadas in extenso en la tercera parte de esta investigación donde se observarán las distintas hipótesis que se le han presentado a la jurisdicción reclamando el resarcimiento.

Para cerrar esta breve introducción se estimó, con relación a la extensión temporal, que *“las responsabilidades que para el abogado se derivan del mandato renunciado, no se extinguen hasta tanto expire el plazo acordado para hacer conocer al mandante la renuncia. Ese plazo deberá computarse a partir de la fecha en que el mandante quede debidamente notificado, encontrándose a cargo de los renunciantes las diligencias tendientes al cumplimiento de dicha notificación⁴⁹”*.

4. Naturaleza jurídica de la prestación profesional.

La naturaleza jurídica de la asistencia profesional, en este caso de los abogados, ha dividido la opinión de la doctrina autoral y judicial, entre quienes sostienen que se trata de obligaciones de medio y no se resultado frente a los que entienden superada esa dicotomía.⁵⁰

Como se percibe el debate pone en la mesa de discusión la naturaleza misma de las obligaciones en general y, en función de la posición que adopte, define algunos temas secundarios que son su consecuencia, como es por ejemplo, la carga probatoria que tienen a su cargo las partes intervinientes en el litigio cliente versus profesional.

48 Cám. Civ. y Com. de 7ª Nom. de Córdoba, “Patíño Porcel de Peralta Eduardo c. Calvo Francisco Javier - Ordinario - Cobro de Pesos”, Sentencia 75, 27/05/2004.

49 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 05/07/1994, “B., M. E. c. S., E. E.”, La Ley 1994-D, 341 - DJ 1995-2, 571, AR/JUR/2446/1994

50 Alferillo, Pascual E., “La carga probatoria de la responsabilidad profesional de los abogados”, LLGran Cuyo 2009 (junio), 447

4.1. El pensamiento de los mentores de la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado.

En la doctrina autoral existe consenso, aún admitiendo la pre-existencia de otros antecedentes, en atribuir la paternidad y, de suyo, la consolidación doctrinaria de la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado al jurisconsulto francés, Demogue.

Autores de la talla de Trigo Repesas, López Meza, Pizarro, Vallespinos, entre otros, recuerdan que esta distinción se elaboró en el marco de disputa entre los mentores de la unidad conceptual versus los diferenciadores del régimen de la culpa entre contractual y extra-contractual y tenía el propósito directo de definir en cada categoría la carga probatoria que le correspondía a cada parte frente a un conflicto de interés entre ellas. En las de medios, el acreedor debía acreditar la culpa del deudor para obtener el resarcimiento; en cambio, en las obligaciones de resultado, la circunstancia objetiva de la no obtención del mismo lo transforma al deudor en responsable⁵¹.

La evolución de la figura, marca una segunda etapa, caracterizada por el pensamiento de Mazeaud, quién encuentra en las obligaciones de resultado una presunción de culpa dado que la métrica para ponderar la diferencia entre una y otra categoría es la aleatoriedad del resultado. En las obligaciones determinadas (de resultado), el azar se encuentra en mínima expresión, en cambio, en las de prudencia y diligencia (de medios) es constitutivo, no dependiendo su incidencia de la actuación diligente del deudor⁵².

51 Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad Civil", T° 1, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2004, pág. 737; Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo, "Instituciones de Derecho Privado; Obligaciones", T° 2 "Cumplimiento. Tutela satisfactiva, conservatoria, resolutoria y resarcitoria del crédito. Teoría general del incumplimiento obligacional", (Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1999), pág. 579 y sig.; Trigo Repesas, Félix, "Falta de legitimación "ad causam" del actor y responsabilidad civil de su abogado", La Ley 2007-B-570, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales tomo V, 1077.

52 Mazeaud H., Rev. Trim. Droit Civil, 1936, pág. 1 y sigtes., Mazeaud Henri y León, Tunc, André, "Tratado Teórico y Practico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual", Prefacio de Henri Capitant, T° Primero Volumen I, Traducción de la quinta edición Luis Alcala-Zamora y Castillo (Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires, Argentina, 1961, pág. 129/131.

En la doctrina nacional, por su parte, se reconoce en Bueres al autor que marcó los perfiles conceptuales de la distinción al expresar que ella era aplicable tanto a las obligaciones del ámbito contractual como al extracontractual. Así quedó asentado desde su señero fallo como juez de la instancia inicial, en el cual dijo que “en las obligaciones de medio el acreedor es quién debe demostrar la culpa del deudor, a diferencia de lo que acontece en los deberes de resultado en que el primero sólo está compelido a probar la falta de obtención del objeto perseguido (“resultado”), esto es, el incumplimiento “material” u “objetivo” de la prestación, pues con ello basta para que la culpa quede fuera de cuestión, se “descarte” (algunos autores hablan en estos casos de “presunción” de imputabilidad, posibilidad de rechazo)⁵³”.

Por su parte, Picasso, siguiendo los lineamientos de los defensores de esta postura, expone que “en las obligaciones de medio, el deudor se compromete simplemente a desarrollar un determinado plan prestacional, y si bien el mismo está dirigido a satisfacer un interés del acreedor, este último no es sin embargo afianzado por el obligado. En esta clase de deberes, entonces, el interés del acreedor se encuentra “*in obligatione*” pero no está, en cambio, “*in solutione*”: es un interés aleatorio o contingente, y el deudor paga (cumple) desplegando simplemente la conducta comprometida”. En cambio, “en las obligaciones de resultado el deudor afianza o garantiza el resultado, y si bien esto no significa que el obligado no deba desplegar también una conducta diligente tendiente a alcanzar el mismo, lo cierto es que con ello no basta, y sólo puede considerarse que ha cumplido cuando el resultado pretendido se alcanza efectivamente. De allí que, a diferencia de lo que sucede en los deberes de medio, en los de fines el interés del acreedor se encuentra tanto “*in obligatione*” como “*in solutione*”⁵⁴”.

53 Bueres, Alberto A., autos “Sachi de Reggie, Teresa E. c. Altman Canestri, Edgardo”, confirmado por la Cám. Nac. Civil, Sala E, noviembre 25/1980, La Ley, 1981-D, 141. Este fallo fue comentado por Trigo Represas, Félix, A., Responsabilidad Civil de los Médicos y Establecimientos Asistenciales”, pág. 133.

54 Picasso, Sebastián, “La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios”, La Ley, 2000-C, 91; Moisset de Espanés, Luis, “Curso de Obligaciones”, T° 1, (Editorial Zavallía, Buenos Aires, Argentina, 2004), pág. 334 y sig. La opinión del jurisconsulto cordobés en ese libro se la puede calificar como conciliadora cuando adhiere a la calificación, pero con un sesgo flexible y relativo y no rígido y absoluto.

La doctrina judicial de la provincia de San Juan, al tratar la responsabilidad civil de los abogados en el ejercicio de la profesión sostuvo que *“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 desidia⁵⁵”.

En el mismo tenor se dijo que *“la obligación del abogado en la defensa de su cliente es una obligación de medios y no de resultado. El profesional no asegura a su patrocinado el éxito en el proceso, sino sencillamente a emplear por su parte los recursos conducentes a ese triunfo, vale decir, a desplegar una actividad que por lo regular lleva el objetivo que apetece el acreedor (CNCiv., sala E, 22-10-76, E. D. 72-668)⁵⁶”.*

Asimismo se estimó que *“la obligación del abogado en la defensa de su cliente es una obligación de medios y no de resultado. El profesional no asegura a su patrocinado el éxito en el proceso, sino sencillamente ha de emplear de su parte los recursos conducentes a ese triunfo, vale decir, a desplegar una actividad que por lo regular lleva al objetivo que apetece el acreedor. Hay infracción al deber que le impone la representación de su cliente cuando el abogado no cumple los actos procesales apropiados, por ejemplo, si deja de com-*

55 CJ de San Juan, 29-5-87, expte. 2399, “Flores, Carlos Rolando c/ FATRE s/ Ordinario. Inconstitucionalidad”. (voto Dr. Bruni). En el mismo criterio fue expuesto por la Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Tercera, 5/7/2000, autos 20714 (5344), “Raed Amín c/ M. J. L. s/ Daños y perjuicios. Sumario”, L. de S., año 2000, Tº II, Fº 296/301 (voto Moya).

56 Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 31/8/93, autos 7056-13.264, “Allende Vda. de Galvani, M. B. c/ A. L. A. y otro s/ Daños y perjuicios - Sumario”, L. de S., Tº 64, Fº 80/93 (revocado parcialmente por la CJ, 16-3-95).

*parecer a una audiencia o deja vencer un término. Pero si las posibilidades de éxito en el juicio en que se declaró la perención de la instancia eran muy remotas no corresponde acordarle a la actora ninguna indemnización, toda vez que en última instancia el daño que el comportamiento de su abogado le ha ocasionado, sería un daño puramente eventual o hipotético*⁵⁷.

Por su parte, en la doctrina de los magistrados de Mendoza se dijo que *“la obligación de los abogados debe ser conceptuada como de medios, a excepción de determinados supuestos donde el profesional actúa como un locador de obra intelectual. En la mayoría de los casos, el abogado sólo promete atender al cliente con prudencia y cuidado y poner su ciencia y diligencia. Aunque no esté comprometido a obtener un resultado determinado en un pleito, si lo está a practicar una conducta diligente que normal y ordinariamente pueda alcanzar la pretensión del cliente. Se advierte en este tema una evolución hacia considerar la obligación siempre de medios, pero de medios adecuados que deben ser aplicados de conformidad con las reglas técnicas y éticas*⁵⁸”.

En los tribunales nacionales, en general, se razona que *“la obligación que los abogados suelen asumir es de “medios”, dado que no se pueden comprometer a ganar un juicio o litigio, sino únicamente a poner de su parte todos los conocimientos y habilidades. Mas, ello no descarta, que al asumir el abogado el papel de apoderado, se encuentra obligado a una prestación de “resultado” con relación a los actos procesales de su incumbencia, que, en general, tienden a activar el procedimiento en la forma prescripta por la ley; en caso de omisión no es necesario probar su culpa, bastando con la objetiva frustración del resultado expresado*⁵⁹”.

57 Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Tercera, 26/8/96, autos 5493, “Velásquez de López, Beatriz c/M. A. G. y otro s/ Daños y perjuicios. Sumario”, L. de S., año 1996, Tº II, Fº 318/328 (Voto Cúneo de García)

58 Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 2008/09/16, “B.H.E. c. M.R.A.”, LLGran Cuyo 2009 (junio), 447.

59 Primera Cámara Civil, Segunda Circunscripción Mendoza, expte. 22181 “Pardo Raimundo Contra Carlos Fernández Por Ordinario”, 05/05/2008, Ubicación: LS044-235.

Así como que “*las obligaciones contraídas por los profesionales del derecho frente a sus clientes son de medio, en el sentido que no pueden garantizar un resultado cierto pero sí estar plenamente obligados a emplear toda su experiencia, sus conocimientos y su actividad en la defensa de los intereses que les fueron confiados bajo riesgo de incurrir en culpa, dolo o negligencia profesional, con las consiguientes responsabilidades que puedan aparecer en lo que hace al daño causado*”⁶⁰.

Sin perjuicio de los sumarios transcriptos precedentemente, se observa que la calificación como obligación de medio es mayoritaria cuando el abogado actúa como patrocinante de su cliente.

Al respecto se asevera que “*la responsabilidad del letrado patrocinante —defensor y asesor legal— es de medios, ya que únicamente deben poner de su parte todos sus conocimientos, diligencias y prudencia, a fin de obtener un fallo favorable, sin poder garantizar el éxito del pleito*”⁶¹.

Es decir, “*habida cuenta de que el abogado patrocinante posee una obligación de medios, que exige poner de su parte todo su conocimiento, diligencia y prudencia, para generar su responsabilidad civil con su actuación, además del resultado adverso, debe demostrarse que ello sucedió por culpa negligencia impericia o desidia*”⁶².

En otras palabras, “*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*”⁶³.

60 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 24/09/2004, “Abalos Aliaga, Rubén P. c. I., N. J. y otro”, La Ley 08/10/2004, 4 -, AR/JUR/2266/2004

61 Cámara en lo Civil y Comercial, del Trabajo y Familia de Cruz del Eje, 27/03/1998, “Marcuzzi, Rolando O. c. P., J. E., suc.”, La Ley 1999-D, 793 - LLC 1999, 426, AR/JUR/3582/1998. (Del voto del doctor Seco)

62 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 15/06/2007, “A., M. A. c. F., J. E.”, DJ 2007-III, 1202 -, AR/JUR/4020/2007, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 20/09/2010, K., L.J.c.S., V.A., DJ 26/01/2011, 53, AR/JUR/60033/2010.

63 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 05/12/2000, “Di Benedetto, Diego F. c. C., F.”, La Ley 2001-D, 139, AR/JUR/4102/2000

Por ello se considera que *“cuando el abogado actúa como letrado patrocinante, su obligación es de medios y no de resultado (cosa que sí ocurriría en caso de actuar como apoderado). Por lo tanto, su deber estriba en poner de su parte todos los conocimientos, diligencias y prudencia, en los términos el art. 902 del Cód. Civil, con el fin de obtener un fallo, pero sin garantizar el éxito del pleito. Por lo tanto, para generar la responsabilidad del profesional, además del resultado adverso, debe demostrarse que ello sucedió por su culpa, negligencia, imprudencia o desidia⁶⁴”*.

En este último sumario, se deja abierta una clasificación bipartita precisando que si la actuación profesional es como patrocinante, la obligación es de medio; en cambio, cuando se trabaja como apoderado, la misma sería de resultado.

Otro tanto ocurre cuando por un lado se extiende la calificación como de medio al actuar en general de los abogados, pero tipifica como de resultado a sus deberes procesales en juicio.

Al respecto se dijo que *“el hecho de que el abogado acepte iniciar un juicio y encause jurídicamente el reclamo, no impide que en la defensa de la responsabilidad que se le imputa por la caducidad de ese proceso, invoque y acredite las escasas posibilidades de éxito que tenía la acción, pues no obstante la obligación de resultado a que está obligado respecto de los actos procesales de su específica incumbencia, en general, la obligación que asume es de medios con relación a la resolución del pleito, que en ningún caso puede garantizar⁶⁵”*.

Esta última doctrina judicial marca que se ha quebrado el criterio, otrora unánime, respecto de entender que el accionar profesional de los abogados era de medio y no de resultado.

64 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 13/03/1996, “R., H. D. c. C., D. A.”, La Ley 1997-F, 938.

65 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 08/02/2010, “R., N. c. M. P., J. A. y otro”, La Ley Online; AR/JUR/1437/2010

4.2. El pensamiento de los autores negadores de la diferencia.

Entre los principales juriconsultos de nuestro país que no aceptan la distinción tal cual fue concebida por Demogue, podemos citar las meditaciones de Wayar, Zannoni, Alterini, López Cabana, Ameal, Belluscio, Borda, Boffi Boggero, Alferillo, para quienes, básicamente, no existen diferencias ontológicas por cuanto la distinción entre obligaciones “de medios” y “de 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”⁶⁶.

En esta dirección, Zannoni, marca que “la distinción entre obligaciones de medios y de resultado se origina en la identificación; o subsunción; entre objeto de la obligación y prestación o conducta debida. La mayoría considera que la prestación constituye el objeto de la obligación. Sin embargo no es así. El objeto de la obligación es el bien o la utilidad que interesan al acreedor; la prestación es la conducta debida por el deudor tendiente a procurar al acreedor el bien o utilidad que constituye el objeto de la obligación. Planteado así, se advierte sin esfuerzo -dice este autor - que la prestación - conducta debida- es siempre un “medio” y el objeto es siempre un “resultado”⁶⁷”.

66 Alterini – Ameal – López Cabana, “Curso de Obligaciones” T° I, pág. 46 y ss n° 90 y ss; Borda, Guillermo, “Problemas de la culpa contractual”, La Ley 111-925; Boffi Boggero, Luis María, “Tratado de las Obligaciones”, T° 2, (Editorial Astrea, Buenos Aires, 1973), pág. 211; Belluscio, Augusto César, “Obligaciones de medio y de resultado. Responsabilidad de los sanatorios”, La Ley, 1979-C, pág. 30, entre otros autores.

67 Zannoni, Eduardo A., “Obligaciones de medios y de resultado (Observaciones críticas a un distingo conceptual a propósito de un fallo)”, Jurisprudencia Argentina, 1983-II- pág. 169; “La obligación; (Concepto, contenido y objeto de la relación jurídica obligatoria), Separata de la Revista Jurídica de San Isidro editada por el Colegio de Abogados de San Isidro- Prov. Buenos Aires, N° 20 (Enero/diciembre 1983), pág. 94.

Sobre el particular, Wayar aclara que 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... En otras palabras, “en las obligaciones llamadas “de medios”, la prestación -o sea, la conducta debida; persigue siempre un resultado que no es otro que satisfacer el interés del acreedor. Es innegable que el logro del resultado le interesa también al deudor; sólo así se explica que ponga todo su empeño en obtenerlo. Sería un dislate suponer que quién adeuda un medio no se preocupe por lograr un resultado⁶⁸.

A partir de este adecuado deslinde, continúa opinando Zannoni que “por subsumirse o identificarse la prestación con el objeto de la obligación, se han pretendido caracterizar, a priori, conductas debidas que serían, en sí mismas, objeto de la obligación...”. Destacando, con la aplicación del art. 512 del Código Civil que “los factores de atribución subjetivos de responsabilidad; culpa o dolo; se imputan a la conducta debida, no al objeto”, por ello “cuando la ley atribuye la responsabilidad por la sola frustración del resultado en el ámbito contractual o por la sola producción del daño en la responsabilidad extracontractual no puede hablarse de un factor de atribución subjetivo: en estos casos la ley no presupone un juicio de reproche a la conducta sino un deber de reparar, fundado en factores objetivos (riesgos, garantía, provecho, etc.), la frustración de ese resultado o la producción del daño, salvo que se interrumpa el nexo causal y se pruebe el casus⁶⁹”.

En la doctrina de los tribunales se fijó como criterio, cuando existe apoderamiento que “*el abogado vinculado a su cliente por un contrato de mandato es deudor de una obligación de resultado en lo*

68 Wayar, Ernesto C., “Derecho Civil; Obligaciones” T° I “Concepto. Naturaleza. Elementos. Efectos. Teoría del incumplimiento” (Depalma, Buenos Aires, 1990), pág. 128.

69 Zannoni, Eduardo A., ob. cit., pág. 169.

concerniente a los actos de su específica incumbencia, presumiéndose por ende su culpa, por lo que podrá exonerar su responsabilidad únicamente mediante la demostración de la incidencia de una causa ajena⁷⁰".

La circunstancia que el cliente haya otorgado poder para actuar en juicio, conforme la doctrina precedente, califica como de resultado a la obligación del profesional fundamentalmente por sus deberes como procurador que se suma al patrocinio.

En este sentido, la interrogación obligada, es si la calificación como de resultado puede ser extendida al resultado final del pleito, donde interviene la apreciación de una tercera persona, como es el juez que valora los hechos y encuadra el derecho finalmente aplicable.

En ese sentido, la complejidad del accionar profesional del abogado no permite calificar todo su accionar como de resultado, sino por el contrario, se debe precisar que actos debidos pueden ser catalogados en esta categoría.

Ello fue comprendido cuando se afirmó que *"en general, en la locación de servicios, el abogado en su asistencia al cliente debe colocar los medios necesarios empeñando todo saber y el máximo de diligencia, pero es innegable, que por más que el cliente espere el triunfo en el proceso, el resultado mediato no es ni puede ser por su aleatoriedad garantizado*.

Distinto es el caso en aquellas hipótesis en que el profesional (abogado) asume una obligación de resultado como es cuando se obliga a redactar por ejemplo un contrato⁷¹".

En el marco de un proceso judicial se sostuvo que *"la responsabilidad del abogado es de resultado "in origine" cuando su relación con los actos procesales deriva de la ley⁷²*".

70 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala I, 09/02/1999, "S., O. c. C., C.A. y otro.", LLLitoral 1999, 750, AR/JUR/2134/1999

71 Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Tercera, 26/8/96, autos 5493, "Velásquez de López, Beatriz c/M. A. G. y otro s/ Daños y perjuicios - Sumario", L. de S., año 1996, Tº. II, Fº 318/328.

72 Cámara en lo Civil y Comercial, del Trabajo y Familia de Cruz del Eje, 27/03/1998, "Marcuzzi, Rolando O. c. P., J. E., suc.", La Ley 1999-D, 793 - LLC 1999, 426, AR/JUR/3582/1998.

Con idéntico criterio “sobre la actuación del abogado en juicio, Andorno, en su estudio anteriormente citado, sostiene que “en cuanto a la actuación del abogado como apoderado o procurador, participamos del criterio mayoritario de nuestra doctrina y jurisprudencia que considera que en tales casos se está frente a una prestación de obligación determinada o de resultado, en lo que respecta a los actos de su específica incumbencia, tales como concurrir a Secretaría los días asignados para las notificaciones de oficina, suscribir y presentar los escritos del caso, asistir a las audiencias, interponer los recursos contra las decisiones adversas a los derechos de su cliente y en general activar el procedimiento en la forma prevista en la ley” (en igual sentido Alterini, Ameal y López Cabana, Curso de obligaciones, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. I, p. 488). Sobre este punto, de igual modo, Carlos Alberto Ghersi opina que “a partir de la iniciación del pleito, se mezclan una serie de obligaciones de medio y de resultado que sería largo y sin sentido enumerar. Creemos que su dilucidación dependerá del acto procesal en concreto⁷³”.

En el mismo sentido se ponderó que “ninguna de las argumentaciones involucradas en la queja, constituyen causa exonerativa de la responsabilidad imputada a la quejosa, pues habiendo asumido una obligación de resultado: concretar en término la demanda civil en sede penal, bajo riesgo de desistimiento de la acción, si pretendía liberarse de la responsabilidad que le era atribuida, debió acreditar el cumplimiento, vale decir, la obtención del cometido, sólo desvirtuable por la prueba del “casus” u otra circunstancia demostrativa de la ruptura del nexo causal. El esfuerzo defensivo de la recurrente, no lo invoca y en modo alguno lo logra⁷⁴”.

73 Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 25/6/2004, autos 17.582, “Montaño, Isidro Feliciano c/ G., M. H. y otro s/ Cobro de pesos”, Ordinario”, L. de S., Tº 88, Fº 51/59. (voto Dr. Alferillo).

74 Tercera Cámara Civil, Primera Circunscripción Mendoza, expte. 110712 “Moreno, Santiago A. M.L.P. De M. - Daños y Perjuicios”, 10/10/1998, LS083-121.

4.3. Efectos procesales de la distinción: La carga de la prueba.

Aún cuando autores de la categoría de Bueres, Pizarro y Vallespino⁷⁵ tratan de relegar a un segundo plano la cuestión de la carga probatoria, como originalmente predicara Demogue, para hacer primar los esquemas conceptuales, especialmente direccionados a fortalecer la idea de la existencia de un factor de atribución objetivo en las obligaciones de resultado, a la hora de la verdad jurídica que es cuando una teoría es sometida a los avatares de la jurisdicción, surge la importancia del tema procesal.

Entre los defensores de la distinción, especialmente en el plano de la doctrina judicial, cabe destacar el pensamiento expuesto por la Corte de Justicia, en el caso “Barral de Keller Sarmiento, Graciela Higinia”, con el voto mayoritario de Petracchi, Belluscio, Fayt, Zaffaroni, Highton de Nolasco quienes sostuvieron que *“la obligación del profesional de la medicina en relación a su deber de prestación de hacer es de medios, o sea de prudencia y diligencia, proporcionando al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos y a la práctica del arte de curar son conducentes a su curación, aunque no puede ni debe asegurar este resultado, y al accionante le corresponde probar la existencia del daño cuya reparación reclama, así como la antijuridicidad de la conducta del deudor, o sea la infracción contractual que configura el incumplimiento, la relación causal adecuada entre el perjuicio y el incumplimiento y el factor de imputabilidad que consiste en la culpa del infractor”*⁷⁶.

75 Pizarro, Ramón Daniel - Vallespinos, Carlos Gustavo, ob. cit. pág. 579: “creemos que la distinción es útil, relevante y tiene en la hora actual una función todavía más trascendente que la vislumbrada por Demogue, pues se proyecta al plano del factor de atribución de la responsabilidad civil, marcando una línea divisoria de las aguas entre la responsabilidad subjetiva (obligaciones de medios) y objetiva (obligaciones de resultado) (Bueres, Aglogia, Meza, Boragina, Vázquez Ferreira)”.

76 Corte Suprema de Justicia de la Nación, B. 65. XXXIX. “Barral de Keller Sarmiento, Graciela Higinia c/ Guevara, Juan Antonio y otros”, 28/09/04, T. 327, P., L.L. 09-02-05; J.A. 27-04-05 (supl.), con notas. Disidencia: Boggiano, Maqueda. En el mismo sentido, CSJN R 381 XXXIII “Richard, María Teresa c/ Montoreano, Isidro Eduardo”, 30/06/1999, T° 322 pág. 1369; CSJN P 168 XXX “Peralta, Pedro c/ Clínica Médica Integral Las Palmas y otros”, 21/08/1997, T° 320 pág. 1811; CSJN

Este criterio, aplicable al accionar de los profesionales del derecho, tiene un importante número de seguidores en la jurisprudencia. El mismo fue expuesto por el Dr. Bueres, cuando consideró que “en la puja probatoria procesal generada cuando están implicados deberes de “medios”, el deudor tratará de neutralizar la pretensa demostración del elemento subjetivo (que insisto, corre por cuenta del acreedor), a base de la prueba de la “no culpa” (o ausencia de culpa), que para mi constituye un “*tertium quid*” o terreno intermedio entre la “culpa” y el “casus” en estos supuestos. Este régimen de neutralización de la responsabilidad es diverso en las obligaciones de resultado, dado que al quedar marginada la “culpa” de la discusión, al deudor sólo le resta destruir la “*imputatio facti*” (relación de causa a efecto), mediante la prueba del “casus”⁷⁷”.

Específicamente sobre la responsabilidad de los abogados, Castiglione opina que “ante una obligación de resultado, al acreedor le bastará probar con establecer que no se logró el resultado prometido, correspondiendo al deudor que quiera exonerarse de responsabilidad la acreditación de que ello sucedió por caso fortuito u otra causa extraña a él. En la obligación de medios, no es suficiente la mera no obtención del fin perseguido pero no asegurado, sino que también se debe demostrar que ello acaeció por culpa o negligencia del obligado”⁷⁸.

Por su parte, entre los autores que no aceptan la diferencia, Wayar sostiene que “negada toda diferencia ontológica entre las obligacio-

B 100 XXI “Brescia, Noemí Lujan c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Daños y perjuicios”, T° 317 pág. 1921; CSJN M 501 XXXII “Moya de Murúa, Julia Victoria c/ Golsstein, Carlos Alberto y otros”, T° 315 pág. 2387; CNCI F, Capital Federal, 15/4/1997, “M., R.S. y otro c/ A., D. y otro”, L.L. 22/12/1997, 22/9/2000 “O., J.A. c/ Clínica La Esperanza y otros”, L.L. 22/01/2001; CFCC II Capital Federal 17/4/1997, “O. de b., E. s. y otros c/ Policlínica de Medicina y Cirugía S.A. y otros”, L.L. 1997 d, pág. 505; CNCI D, Capital Federal, 16/7/1998, “Contreras, Juan C. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, J.A. 1999 II 495 comentado por Roberto A. Vázquez Ferreira; Cám. Civ. N° 2 Morón, 24/10/1995, “Coronel Constantino H. c/ Saracut, Diana y otros s/ Daños y perjuicios”, JUBA C y C. B 2350632, entre otros citables.

77 Bueres, Alberto A., autos: “Sachi de Reggie, Teresa...”, fallo citado.

78 Castiglione, Rafael Alberto, “Enfoque sobre la mala práctica profesional de los abogados”, NOA, 2007 -571 2007-571.

nes de medios y las de resultado corresponde afirmar la vigencia de un único régimen jurídico en materia de prueba. Se aplica la siguiente regla: Al acreedor le toca probar que su interés no ha sido satisfecho, o sea, que el objeto de su crédito se ha frustrado; al deudor, si quiere eximirse de responsabilidad, le corresponde probar que cumplió la prestación, y que la frustración del acreedor se debe a causas extrañas a la prestación misma; o bien que incumplió, pero por causas no imputables a él...⁷⁹”.

Con criterio similar al expuesto precedentemente, Belluscio marca que “la diferencia entre obligaciones de medios y de resultado no sólo carece de sustento ontológico, sino que es incapaz de fundar regimenes diversos en relación con la carga de la prueba en el incumplimiento contractual. En todo caso, al acreedor le basta con demostrar el incumplimiento -sea total, sea cumplimiento deficiente- en tanto que el deudor puede, a su vez, acreditar la fuerza mayor que lo exima de culpa⁸⁰”.⁸¹

79 Wayar, Ernesto, ob. cit., pág. 131.

80 Belluscio, Augusto César, ob. cit., pág. 30. Este autor completa su pensamiento señalando que “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 contrato) 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”.

81 Mosset Iturraspe, Jorge, “La vigencia del distingo entre obligaciones de medio y de resultado en los servicios, desde la perspectiva del consumidor”, La Ley, 1998-D, 950. En este trabajo el autor sostiene que desde la perspectiva del consumidor “el distingo entre obligaciones de medio y de resultado debe entenderse sin fracturar las reglas generales de la responsabilidad contractual, puesto que es la presencia del resultado debido, de diverso contenido en cada caso; la que sirve para indicar el cumplimiento y, por tanto, para excluir toda cuestión de responsabilidad. La imposibilidad liberatoria (exclusión de la relevancia del incumplimiento inicial probado por el acreedor conforme terminología de Jordano Fraga) es siempre la misma y la carga de su prueba incumbe, asimismo, siempre al deudor... Por ello, “si es verdad que el cambio de un estado de dolencia, situación inicial, en un estado de salud, situación final, depende “más de factores aleatorios y menos de la voluntad del médico”, la prueba de ello que no es otra

En la década del ochenta del siglo pasado, de la Fuente, sostenía que la doctrina expuesta por Demogue y sus seguidores nacionales “confunde el incumplimiento material, en cuanto primer presupuesto de responsabilidad, con el elemento subjetivo -culpabilidad- o sea el segundo presupuesto: el solo hecho que se acrediten las circunstancias objetivas que acreditan el incumplimiento, esto es la disconformidad entre la conducta debida y la obrada, no es suficiente para considerar al deudor culpable de ese incumplimiento, quién siempre puede demostrar su inculpabilidad a través del “*casus* “. Aunque al igual de lo que sucede en todas las obligaciones contractuales - sean de medio o de resultado; una vez acreditado el incumplimiento la culpa se presume, y será a cargo del deudor demostrar, si desea liberarse de responder, que ese incumplimiento no le es imputable⁸²”.

Este autor sintetiza su pensamiento asegurando que “en las obligaciones de medio el acreedor no está obligado a probar la culpa, cuya existencia se va a presumir una vez que se acredite el incumplimiento y el deudor sólo se eximirá de responder si demuestra que ese incumplimiento no le es imputable por haber mediado una situación de “*casus*”. Es decir que en este aspecto no hay ninguna diferencia entre las obligaciones de medio y de resultado, ya que siempre que se acredite el incumplimiento material se ha de presumir la culpa del deudor⁸³”.

cosa que la prueba de la imposibilidad corresponde al profesional de la salud”. Completa su idea diciendo que “no puede satisfacer el interés del acreedor de un servicio, profesional o no profesional, la mera alegación sobre la diligencia empleada, la pericia poseída o el esfuerzo desarrollado. El cumplimiento de una actividad “de medios”. La tutela del consumidor se refuerza en la medida en que se considera a cada servicio como un resultado y una finalidad en sí mismo, que responde al interés del acreedor. Y en la medida en que la prueba sobre la imposibilidad o aleatoriedad, debe producirla el deudor del servicio, pues de lo contrario se lo considera como incumplidor responsable”.

82 De la Fuente, Horacio Héctor, “Obligaciones de medio y de resultado. Lo positivo y lo negativo de la calificación”, La Ley 1980-A, 714.

83 De la Fuente, Horacio Héctor, ídem. Este autor, completa su idea marcando que “las consecuencias prácticas que se derivan de la posición que criticamos son directamente inadmisibles si el acreedor debiera probar la efectiva culpa del deudor, no sólo tendría que acreditar los hechos reveladores del incumplimiento material (falta de diligencia, imprudencia, etc.), sino también que no se ha configurado ninguno de los innumerables hechos que para el deudor podrían

Como se colige, la disputa doctrinaria generada entre los defensores y los negadores de la existencia de la clasificación entre obligaciones de “medios” y de “resultado”, tiene su capítulo especial, y de mayor trascendencia práctica, en la determinación de la carga probatoria cuando las partes se enfrentan en un proceso judicial.

En síntesis, la dimensión de la obligación comprometida por el profesional tiene directa vinculación con el resultado esperado por el cliente. En función de ello cuando exista pacto escrito ha de estarse a la letra del mismo y, cuando sea verbal, se deberá acreditar cual era el contenido de conformidad a las características y naturaleza de la prestación ejecutada por el profesional.

Una vez discernida cual era la voluntad común, el problema es de interpretación del alcance de las cláusulas convencionales pactadas para medir la diligencia y el resultado prometido e incumplido, porque siempre en toda obligación el deudor promete diligencias para procurar un fin o resultado.

Este detalle fue percibido por los propios autores franceses que defienden la distinción, cuando señalaron que “para evitar toda confusión, se precisa observar que la diligencia que impone una obligación de resultado es de un grado más o menos elevado según las estipulaciones de las partes o las circunstancias del contrato...”. Y a su vez, en las de medio “el grado de la diligencia requerida del deudor puede ser, además, más o menos elevado, como en las obligaciones determinadas, según las circunstancias y la convención de las partes⁸⁴”.

El pensamiento transcrito contradice los postulados básicos de la distinción que alguna doctrina ha elevado a rango de dogma, porque reconoce que no hay diferencia en la esencia de las obligaciones

significar una situación de “casus”, hechos que por cierto aquél normalmente desconoce, es decir, se obligaría al acreedor a producir una prueba verdaderamente diabólica y prácticamente imposible, que en la práctica se traduciría en que nunca se podrá probar en forma cierta la culpa del deudor. Mientras que a la inversa, aceptando el criterio general que una vez acreditado el incumplimiento la culpa se presume, al deudor le será sumamente sencillo probar el “casus” que desplaza al elemento subjetivo y por lo tanto lo libera de responder...”.

84 Mazeaud, Henri y León; Tunc, André, ob. cit., pág. 130/131.

(siempre son de medio para obtener un resultado) pero si en la dimensión de la promesa formulada en el pacto profesional - cliente.

Por ello, no se puede sostener dogmáticamente que cuando no se ha cumplido con la prestación que en las obligaciones profesionales de medio, la carga probatoria de la culpa esta en cabeza del cliente y, en las de resultado, a cargo del profesional su eximición.

En ambos casos, se debe exigir a las partes una adecuada y de buena fe colaboración probatoria, conforme a su posición y dinámica en el pleito, pues se debe tener presente siempre la situación socio - cultural preferente y el dominio de los escenarios (ámbitos donde se lleva a cabo la celebración y ejecución de las prestaciones) que tienen los profesionales, por el conocimiento de tercer nivel que han adquirido para ser autorizados para actuar como tales, frente a los clientes legos⁸⁵.

85 Quevedo Mendoza, Efraín I., Carga y valoración de la prueba: precisiones, en JA. 1998-III-630, "Carga de la prueba", en Libro Homenaje a Alvarado Velloso, http://www.egacal.com/index.cgi?wid_seccion=3&wid_item=99; Peyrano, Jorge W.; Lépori White, Inés, "Carga probatorias dinámicas", (Editorial Rubinzal; Culzoni, Santa Fe, 2004); Fenochietto, Carlos E., "Carga de la prueba", La Ley, 1980-A, 806; ARAZI, Roland, "El ocaso de la teorías sobre carga de la prueba", La Ley 2000-A, 1041; Gabet, Emiliano A., "Flexibilización de la carga de la prueba y violencia laboral", La Ley, 2007-F, 385; Lorenzetti, Ricardo L., "Carga de la prueba en los procesos de daños", La Ley, 1991-A, 995-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo III, 567; Colerio, Juan Pedro, "La relatividad de las reglas sobre la carga de la prueba", La Ley, 1990-B, 298; Galdós, Jorge Mario, "Prueba, culpa médica y cargas probatorias dinámicas (En la doctrina de la Suprema Corte de Buenos Aires)", Comentario de Fernando Alfredo Sagarna, La Ley 1997-C, 1513, entre otros autores.

SEGUNDA PARTE

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ABOGADOS

PRESUPUESTOS

1. La responsabilidad profesional. Generalidades.

Al momento de ingresar al estudio de la responsabilidad profesional de los abogados en concreto, siempre es oportuno recordar el concepto dado por la Real Academia de la Lengua Española. En ese sentido, en el cuarto significado, específico para el derecho, se indica que responsabilidad es la “capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente”. Es por ello que en forma concordante en el segundo significado de la palabra se especifica que es la “deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”.

Sin lugar a hesitación que este significado fue tenido en cuenta por Bustamante Alsina, al señalar que “la responsabilidad civil comporta siempre un deber de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado⁸⁶”.

Por su parte, Trigo Repesas enseña que “responder significa dar cada uno cuenta de sus actos, y responder civilmente *latu sensu* es el deber de resarcir los daños ocasionados a otros, por una conducta lesiva o antijurídica o contraria a Derecho; de manera que ser civilmente responsable significa estar obligado a reparar por medio de una indemnización el perjuicio provocado a otras personas, siendo

86 Bustamante Alsina, Jorge, oc. cit., pág. 73.

éstas, en dicha responsabilidad civil, la forma de dar cuenta del daño que se ha causado a otro contra jus⁸⁷”.

En concreto sobre el tema tratado en esta parte, el citado autor precisa que “la responsabilidad civil profesional es aquella en la que se pueden incurrir quienes ejercen una determinada profesión, al faltar a los deberes específicos que la misma les impone, o sea, en suma, la que deriva de una infracción típica de ciertos deberes propios de la actividad profesional de que se trate ya que es obvio que quién se desempeña en una profesión debe poseer los correspondientes conocimientos teóricos y prácticos, debidamente actualizados, y obrar con ajuste a ellos y a las reglas y métodos pertinentes con la necesaria diligencia y previsión⁸⁸”.

Para la doctrina judicial *“la responsabilidad profesional se halla sometida a los mismos principios que la responsabilidad en general, y se configura cuando quien ejerce una profesión falta a los deberes especiales que ésta le impone, por lo cual cuando el profesional incurrir en la omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de su profesión, ya sea por impericia, negligencia o imprudencia, falta a su obligación y se coloca en la posición de deudor culpable⁸⁹”*.

En función de ello, *“nadie en la actualidad puede dudar fundamentalmente de la responsabilidad civil en que pueden incurrir quienes ejercen determinadas profesiones liberales, entre los que se encuentran los abogados, que no difieren, en lo fundamental, de los principios esenciales que gobiernan la responsabilidad civil en general; si bien pueden darse a su respecto, algunas diferencias de matices, insuficientes para descartar aquel concepto⁹⁰”*.

87 Trigo Represas, Félix A., “Los distintos roles del abogado: Apoderado, consultor, patrocinante. Deberes y responsabilidades en cada caso”, Revista Derecho de Daños, 2005-1 “Responsabilidad de los profesionales del Derecho (Abogados y escribanos)”, Rubinzal – Culzoni Editores, pág. 70.

88 Trigo Represas, Félix A., “Los distintos roles...”, cit, pág. 73.

89 Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de Cipolletti, 26/09/2007, “Candiano, Miguel Jesús y otra c. Montevidone, Rubén Ángel”, LLPatagonia 2007 (diciembre), 1384, AR/JUR/6482/2007

90 Tercera Cámara Civil, Primera Circunscripción Mendoza, expte. 110712 “Moreno, Santiago A. M.L.P. De M. - Daños y Perjuicios”, 10/10/1998, LS083-121

O que “la responsabilidad civil profesional, es aquella en la que incurren quienes ejercen una determinada profesión, al faltar a los deberes específicos que la misma le impone, por la infracción típica de: a) la antijuridicidad o ilicitud en un obrar contrario a derecho, a deberes impuestos por el ordenamiento jurídico, cuando la responsabilidad es contractual la antijuridicidad resulta de la transgresión de obligaciones pactadas entre el cliente y el abogado - art. 1197 C.C. - si es extracontractual, la responsabilidad se configura por violación de la ley en sentido material, arts. 1066 y ss., 1074 y ss., 1109 ss. y concs. C.C., que consagran el deber genérico de dañar a los demás; b) existencia de una vinculación causal adecuada entre el proceder del profesional y el perjuicio sufrido por el damnificado; c) necesaria concurrencia de un factor de atribución de responsabilidad, subjetivo u objetivo, que la ley repunte apto o idóneo para sindicar en cada caso quién habrá de ser el sujeto responsable⁹¹”.

Todo ello en función de que “ la superioridad técnica en que se encuentra el profesional con relación al cliente, en el ámbito de la especialidad propia de aquél, involucra conceptos que privilegian el “favor debilis” y conduce a colocar en primer plano la noción de consumidor de servicios del mismo, con todos los efectos que ello importa. De allí, la mayor severidad con que el derecho actual propende a considerar la responsabilidad profesional⁹²”.

El proyecto emitido por la Comisión Decreto 191/2011 propone, con relación al tema, en el art. 1768 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 8ª, de este

91 Suprema Corte de Mendoza, Sala N°1, Expte.: 94429 “Mastronardi Ricardo A. en J: 143.499/31.144 “B.H.E c/ M.R.A. P/ D. y P. S/ Inc. Cas. y su Acumulada N 95.483 Caratulada: “Bertona Hugo Ernesto” en J: 31.144/143.499 “B.H.E C/ M.R.A. P/ D. y P. S/ Inc. Cas.”, 10/03/2010; LS411-009; ídem, expte.: 89399 “González Loyarte De Salomón Ana María En J° 186.100/9305 “Z. de M.E.R. C/ G.L. De S.A.M. P/ Daños Y Perjuicios S/ Inc. Cas.”, 08/04/2008, LS387-191.

92 Tercera Cámara Civil, Primera Circunscripción Mendoza, expte. 110712 “Moreno, Santiago A. M. L. P. de M. - Daños y Perjuicios”, 10/10/1998, LS083-121.

Capítulo⁹³, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757⁹⁴”.

Esta norma impulsada por la Comisión Dec. 191/11 califica a la actividad profesional dentro de un tipo determinado de obligación, las de hacer, descartando las de dar, razón por la cual los incumplimiento se configurarán cuando no se haga lo prometido. Sin duda la intencionalidad de la reforma se direcciona a definir su criterio respecto de la bipolaridad fijando que es una obligación de medios y no de resultado. Por esa razón adquiere especial relevancia la doctrina judicial que informa ese criterio junto con el factor de atribución subjetivo, entre el cual se destaca la culpa en sus distintas manifestaciones: negligencia, imprudencia o impericia en el arte o profesión.

2. La responsabilidad civil de los abogados.

En cuanto a la responsabilidad civil de los abogados, la misma queda enmarcada dentro del contexto teórico de la responsabilidad profesional en general, pero por las particulares características que tiene el ejercicio de la profesión como es el accionar diferenciado como apoderado o patrocinante⁹⁵, la participación de la voluntad del cliente, la valoración e interpretación de una tercera persona, el juez, que define la procedencia o no de la pretensión deducida, ect., la misma adquiere peculiaridades que tienen que ser tenidas en cuenta

93 Sección 8ª “Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades”.

94 Art. 1757 Proyecto Comisión Dec. 191/2011 “Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”.

95 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 04/05/1979, “Minuzzi de García Huerga, Rosa D. c. Alconada Aramburu, Francisco y otro”, La Ley 1979-D, 21 - DJ 1979-10, 22, AR/JUR/5094/1979, en el fallo se dijo que “*la responsabilidad del abogado se hace efectiva especialmente cuando infringe los deberes que le incumben concernientes al patrocinio o representación de su cliente*”.

al momento de analizar si se han configurado o no, los presupuestos necesarios para imputarle responsabilidad y, luego -en caso positivo, para valorar y cuantificar el daño resarcible.

En ese sentido los tribunales han opinado que *“la responsabilidad profesional del abogado presenta aristas especialmente delicadas, no asimilables a la de otras profesiones liberales. Ello así, por cuanto, el ejercicio profesional de la abogacía, como parte del servicio de justicia, más allá del interés privado del cliente, compromete la meta constitucional del afianzamiento de la justicia”*⁹⁶.

En ese sentido, el art. 218 de la Constitución de la Provincia de San Juan entendió que “la abogacía es una función pública no estatal, auxiliar del Poder Judicial”, criterio que es ratificado por el art. 1 de la Ley del Foro de Abogados donde se establece que “la abogacía es una función social al servicio del derecho y de la Justicia. Su ejercicio es una función pública, pero de desempeño particular o privado”. De allí que se califique al abogado como auxiliar de la justicia y se le deba dar un trato similar a la de un juez.

Esta particularidad no implica un vil de indemnidad, sino por el contrario es una exigencia de cumplir con el trabajo profesional con el nivel técnico y moral que la sociedad le exige atendiendo a la trascendencia de su accionar.

Por ello se ha determinado que *“en todos los casos la responsabilidad del abogado es estrecha y grave y consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondieren a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”*⁹⁷

En otras palabras, *“cuando se trata de los daños causados por el abogado a su cliente, con el que previamente habrá celebrado algún tipo de contrato de prestación de servicios profesionales, la responsabilidad civil es contractual, en razón de resultar de la ine-*

96 Tercera Cámara Civil, Primera Circunscripción Mendoza, expte. 110712 “Moreno, Santiago A. M.L.P. De M. - Daños y Perjuicios”, 10/10/1998, LS083-121.

97 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, 30/03/2004, R., S. c. G., N., LLBA 2004, 641, AR/JUR/882/2004.

jecución o mal cumplimiento de las obligaciones que el profesional asumió contractualmente⁹⁸”.

Con mayor detalle se discriminó que “la naturaleza de la responsabilidad del abogado es contractual con respecto a su cliente y extracontractual con relación a los terceros que pueden sufrir un perjuicio por el mal desempeño en su actuación profesional (por ejemplo, si se traba un embargo sobre un bien que no pertenece a la persona contra la cual se ha decretado la medida)⁹⁹”.

Además se entendió que “con respecto a la responsabilidad civil del abogado, la forma de iniciar la acción reúne los requisitos que, en lo atinente, llevan al daño que se denuncia, lo que no es otra cosa que establecer si el acto ha sido antijurídico, si existe relación de causalidad entre el acto dañoso y el perjuicio sufrido y si al demandado se le puede atribuir dicho daño. Por lo tanto, la responsabilidad resulta de origen contractual, y a fin de fijar los parámetros sobre los cuales el abogado asume sus responsabilidades, en forma general lo expresa el Art. 512 del Código Civil: “La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar¹⁰⁰”.

Es decir, para la determinación de la existencia de responsabilidad civil por el accionar profesional del abogado, resulta un paso

98 Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de Cipolletti, 26/09/2007, “Candiano, Miguel Jesús y otra c. Montevidone, Rubén Ángel”, LLPatagonia 2007 (diciembre), 1384, AR/JUR/6482/2007; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 27/07/1976, “Bachella, S. A., Pedro c. P., M. E.”, AR/JUR/293/1976, en este fallo se dijo que “la responsabilidad del abogado en relación con su cliente es siempre de orden contractual, y en el caso en que actúa como apoderado, sus obligaciones se rigen por las reglas del mandato y por las normas respectivas de la ley 10.996 de ejercicio de la procuración ante los tribunales nacionales (Adla, 1889-1919, 1100), si se trata, como en este caso, de procesos ventilados ante dicha jurisdicción”.

99 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 04/05/1979, “Minuzzi de García Huerga, Rosa D. c. Alconada Aramburu, Francisco y otro”, La Ley 1979-D, 21 - DJ 1979-10, 22 -, AR/JUR/5094/1979

100 Quinta Cámara Civil, Primera Circunscripción Mendoza, expte12594 “V. R. F. C/ F. G. C. P/ Daños y perjuicios”, 03/11/2010, LS039-197

necesario examinar la configuración de los presupuestos constitutivos de la misma, como es la existencia de daño, nexo causal, factor de atribución y antijuricidad.

3. Presupuestos constitutivos.

La construcción de una sentencia de daño, en general, reconoce dos etapas en la elaboración de los considerandos que brindan sustento al pronunciamiento. El primero, se concentra en la determinación de la existencia de los presupuestos constitutivos de la obligación de indemnizar que la doctrina autoral y jurisprudencial ha identificado como tal: al daño, al nexo de causalidad, factor de atribución e ilicitud.

En la segunda fase corresponde la fijación de la cuantía indemnizatoria, que para ser mensurada ha menester tener en cuenta los aportes probatorios realizados por las partes al proceso e incluso en algunos casos, cuando estos no sean suficiente a criterio del Juez, se podrá utilizar el mecanismo autorizado por la ley adjetiva procesal fijando las bases para su posterior liquidación en la etapa de ejecución de sentencia.¹⁰¹

En esta parte, procederemos a examinar los presupuestos que se deben configurar para imputar al profesional de la abogacía el deber de resarcir los perjuicios que pudo ocasionar a su cliente o a terceras personas en el ejercicio de su actividad.

Con relación al tema, Santos Cifuentes enseña que “para hacer el análisis de responsabilidad de los sujetos, previamente se debe detectar el aspecto material u objetivo de la causalidad, vale decir, si el hecho o la omisión han producido el resultado. Después en segundo plano, si subjetivamente esa conducta es imputable al sujeto por haber sido acto voluntario - con discernimiento, intención y libertad - y si ha habido dolo o culpa - culpabilidad en general -. Únicamente si los tres elementos confluyen a través de ese orden en la produc-

101 Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, Sala Primera, 02/03/1999, N° 15.131 “Vargas, Isidro Alberto c/ F.G.H. S.A. – Daños y Perjuicios - Sumario”, L. de S. T° 74, F° 86/96; 3/09/2003; autos N° 17.269 “Belert, Fernando Raúl c/ Herrera, José María - Daños y Perjuicios - Sumario”, L. de S. T° 85, F° 155/172.

ción del daño, nacerá la obligación de resarcir en la medida o extensión en que el resultado puede ser atribuido a la conducta del sujeto. Pero no solamente hay en esto una exigencia lógica y de prelación en el referido análisis de los hechos y sus consecuencias, sino también de mucha importancia práctica, tanto para establecer la existencia de la obligación como su mayor o menor extensión¹⁰²”.

Este criterio ha tenido consagración jurisprudencial cuando se consideró que *“el mecanismo lógico jurídico que se debe emplear para reclamar y juzgar la procedencia del resarcimiento de los daños tiene diferenciadas claramente dos etapas: la primera es ponderar y resolver si el profesional demandado es responsable por haber producido daño, por existir un nexo adecuado de causalidad, porque el actuar fue antijurídico y, finalmente, porque se ha configurado un factor de atribución, es decir, se le puede endilgar culpa o dolo. La segunda etapa se concentra en la cuantificación económica del daño. Vale decir, estimar en pesos la indemnización que le corresponde al sujeto perjudicado”*¹⁰³”.

Con orientación similar, la sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones juzgó que *“la responsabilidad profesional del letrado que genera el consiguiente deber jurídico de recomponer al cliente en su patrimonio “ex post ante”, con respecto al daño que por 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 califica-*

102 Cifuentes, Santos, comentario al art. 901 C.C., en “Código Civil y Leyes Complementarias - Comentado, Anotado y Concordado”, Belluscio, Augusto C. (Director) - Zannoni, Eduardo (Coordinador), (Astrea, Buenos Aires, 1982), Tº 4, pág. 50; también: Ghersi, Carlos A., “Los Presupuestos del deber de reparar” en el libro “Responsabilidad Civil” (Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993, pág. 47.

103 Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, sala Primera, 25-6-2004, autos 17.582, “Montaño, Isidro Feliciano c/G., M. H. y otro s/Cobro de pesos - Ordinario”, L. de S., t. 88, fo. 51/59. (voto Dr. Alferillo)

da conducta con la imputable perdida de la oportunidad o expectativa, tomada esta última como chance malograda¹⁰⁴”.

3.1. La configuración del daño.

El proceso de análisis de los presupuestos constitutivos de la responsabilidad del abogado, se inicia con la verificación de la configuración del daño a su cliente, por cuanto ha quedado establecido, en la norma contenida en el art. 1067 del Código Civil que no habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado u otro exterior que lo pueda causar. Es decir, si no hay menoscabo producido, no hay interés y como enseña la teoría general del proceso, sin interés no hay acción. De modo que sin daño no hay proceso, no hay pretensión resarcitoria contra el profesional.

Este presupuesto es el que menos dificultad interpretativa genera a la doctrina toda vez que el Código Civil, en el art. 1068, conceptualiza que “habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades.”^{105 106}

104 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 - DJ 2001-2, 1187, AR/JUR/3158/2001. En igual sentido: 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, AR/JUR/54/2004. En este fallo se dijo que “*corresponde confirmar la sentencia que consideró responsable al abogado demandado por mala praxis profesional, pues quedaron demostrados los presupuestos en que se fundamentó la demanda en tanto 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 - en el caso, por daños y perjuicios causados al hijo de los actores por un accidente de tránsito- demuestra que no atendió con celo, saber y dedicación los deberes que se le confiaron*”.

105 Stiglitz, Gabriel, “El daño resarcible: Aspectos generales daño patrimonial” en el libro “Responsabilidad Civil - Presupuestos”, (Advocatus), pág. 181, Zannoni, Eduardo A., “El daño en la responsabilidad Civil (Ed. Astrea - Buenos Aires - 1993), pág. 1 y sig.

106 Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, autos N° 19.841/15.300 “Pisano, Oscar Gerónimo c/ Pedro Vicente Gómez – Sumario – Daños y perjuicios” (L. de S. T° 74, F° 191/209 - 1999)

En el actualmente denominado derecho de daños, uno de los temas más sorprendentes es justamente la mutación del contenido del “daño resarcible” que ha tenido a lo largo de la existencia del Código Civil y, en particular, en las últimas décadas.

Sin procurar hacer una acabada narración histórica es oportuno recordar, como lo hizo Orgaz, que en los primeros tiempos únicamente se entendía resarcible la lesión de un derecho o de un interés legítimo. En efecto, este autor enseñaba que “los artículos 1079 civil y 29 penal, sin perder su formal generalidad, tienen sustancialmente la debida limitación: la acción de resarcimiento pertenece a “toda persona” o al “tercero” que ha sufrido un perjuicio por causa del acto ilícito cometido contra otra persona; pero el perjuicio, debe ser entendido en sentido jurídico, es decir, sólo ese perjuicio que resulta de la lesión de un derecho o de un interés protegido por la ley¹⁰⁷”.¹⁰⁸

En una etapa posterior, se entendió —de igual modo— resarcible “el simple interés” no contrario a derecho que fuera magistralmente precisado por Zannoni cuando dijo que “el daño lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar que, aunque no constituyere el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad que ciertamente integraba la esfera de su actuar lícito —el

107 Orgaz, Alfredo, “El daño resarcible”, Correcciones e índice a cargo del abogado Miguel Domingo Martínez, (Marcos Lerner - Editora, Córdoba, 1992), ps. 98/99. Esta limitación traía, por ejemplo, la exclusión de la legitimación para reclamar de los concubinos, el pariente lejano alimentado por el fallecido, etc.

108 Zannoni, Eduardo A., “El daño...”, cit., pág. 29 sostiene que “es correcto distinguir entre derechos subjetivos e intereses legítimos, pero con esta salvedad: todo derecho subjetivo presupone un interés legítimo. El interés legítimo trasciende el derecho subjetivo cuando su objeto es un poder de actuación conferido por la ley en beneficio directo y exclusivo de su titular. Si, en cambio, se trata de preservar o mantener la legalidad de una situación jurídica de la que el sujeto participa, sin lesión actual de un bien jurídico directo y exclusivo —aun cuando la preservación de la legalidad de esa situación jurídica pueda, eventualmente, y en el futuro, llegar a provocar esa lesión— hay sólo un interés jurídico que no es derecho subjetivo. Pero en estos casos la tutela del interés legítimo no se funda en un daño personal sino en la presentación de la legalidad de una situación jurídica que puede llegar, en el futuro, a frustrar derecho subjetivo...”. En igual sentido, “Derecho subjetivo e interés simple en la responsabilidad civil”, Libro “La responsabilidad (Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg), Lexis Nexis – Abeledo Perrot – 1995.

agere licere—, es decir, de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión a ese interés —cualquiera sea éste— produce, en concreto, un perjuicio...¹⁰⁹”.

El cambio de criterio, permitió, entre otras hipótesis, por ejemplo, la factibilidad para que el concubino pudiera reclamar el resarcimiento del perjuicio material derivado de la muerte de su compañero.

Otra de las confrontaciones jurídicas que merecen ser recordada, es el modo de clasificar a los daños, puesto que para un sector importante de la doctrina cuyos principales exponentes son Orgaz, Santos Briz, Pizarro, Vallespinos, Zavala de Gonzáles, Galdos, entre otros, el menoscabo jurídicamente resarcible es el daño consecuencia, sea el mismo material o moral, desestimando al daño evento o daño naturalístico.¹¹⁰

En un segundo sector integrado por Fernández Sessarego, Mosset Iturraspe en la última etapa de su pensamiento, Gamarra, Alferillo, principian sus postulados aceptando la influencia de la reforma

109 Zannoni, Eduardo A., ob. cit., ps. 36/37. Como se puede colegir, la lógica consecuencia de aceptar este criterio amplio es la inclusión entre los legitimados al concubino sobreviviente.

110 Pizarro, Ramón Daniel - Vallespinos, Carlos Gustavo, “Instituciones de Derecho Privado - Obligaciones” t. 2, (Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999), ps. 639/640; Zavala de González, Matilde, comentario al art. 1067 en “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Dirección Bueres - Coordinación Highton, t. 3 Arts. 1066/1116 - Obligaciones (Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999) ps. 95/96. Esta autora, cita en esta concepción a: Santos Briz, “Derecho de daños”, 1963, ps. 106 y 120; Orgaz, Alfredo “El daño...”, cit., p. 19 y ss.; Mosset Iturraspe, Jorge, “Responsabilidad por daños”, 1971, t. IV. p. 83 y siguientes. Advertimos que entendemos que este último autor, actualmente, ha variado su posicionamiento; Lorenzetti, Ricardo Luis, “La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 1, “Daño a la persona”, (Rubinzal - Culzoni Editores), p. 104. Los postulados de esta posición podemos sintetizarlos del siguiente modo: a) El daño no consiste en la lesión misma sino en sus efectos. b) El daño versa sobre el resultado de la violación que repercute negativamente en el patrimonio y en lo moral. El daño no se identifica con la sola lesión a un derecho patrimonio o extrapatrimonial o a un interés que es presupuesto de aquel, sino es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. c) No es la lesión misma la que se resarce. d) Lo que se resarce son sus repercusiones económicas y morales. e) Finalmente, este grupo de autores identifica daño moral con daño extrapatrimonial.

constitucional para pasar del materialismo imperante a un humanismo en el derecho de daño y sostienen que se debe reconocer a la persona como el eje del derecho, en general, y del derecho de daño, en particular, aceptando, para el campo jurídico un concepto amplio de daño resarcible. Por otra parte se debe diferenciar entre el daño a las personas y sobre las cosas y entre daño patrimonial y extrapatrimonial. En función de ello, se acepta la posibilidad de que cada uno de los tipos de daños del primer grupo genere daño patrimonial o extrapatrimonial. Finalmente, no identifican el daño moral con el daño extrapatrimonial. Por el contrario, ubican al daño moral como una especie dentro del daño extrapatrimonial, aceptando la autonomía conceptual y resarcitoria del daño psíquico, estético, etc.¹¹¹

Por cierto, que el análisis de la clasificación es un tema que excede el marco de la presente investigación, razón por la cual, procederemos a recordar cuales son los daños que la doctrina autoral y judicial entiende que se verifican cuando hay un incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el profesional del derecho.

En ese sentido, y sin perjuicio de su pormenorizado análisis en la Cuarta parte, donde se examinara la cuantificación de los menoscabos producidos a los clientes, se recuerda que comúnmente se frustra la chance del locador de los servicios profesionales de obtener un pronunciamiento judicial y, con ello, la posibilidad de que se le reconozca su derecho.

111 Mosset Iturraspe, Jorge, "Daño moral. Noción. Crítica a la denominación. Daño extrapatrimonial. Daño a la persona." en *Revista de Derecho de Daños* N° 6 "Daño moral", (Rubinzal - Culzoni Editores), p. 7; Fernández Sessarego, Carlos, "Daño moral y daño al proyecto de vida" en *Revista de Derecho de Daños* N° 6 "Daño moral", (Rubinzal - Culzoni Editores), p. 37, "Hacia una nueva sistematización del daño a la persona", *Cuadernos de Derecho* N° 3 del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Setiembre de 1993, en *Ponencias I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial*, Univ. Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994 y en "Gaceta Jurídica", Tomo 79-B, Lima, julio 2000; Gamarra, Jorge, "Tratado de Derecho Civil Uruguayo" Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, t. XXIII, vol. 5 parte VII, "La reparación del perjuicio. Daño a la persona", p. 17. (Citado por Lorenzetti, ob. cit.); Alferillo, Pascual E., "Trascendencia de la valuación en la cuantificación de los daños a la persona", *DJ* 2007-III, 298- La Ley 2008-A, 159, entre otros.

Los tribunales indican que *“la frustración de un negocio jurídico por defecto del asesoramiento legal o por la pérdida de un juicio en razón de omisiones atribuibles a errores o negligencia del profesional -en el caso, perención de instancia-, configura la pérdida de una posibilidad, de una chance entendida como la frustración de una expectativa, la que para que resulte indemnizable es necesario demostrar que con motivo del hecho se ha frustrado en forma definitiva una esperanza susceptible de apreciación pecuniaria¹¹²”*.

De igual modo, se dijo que *“lo indemnizable, cuando se trata de responsabilidad del abogado -en el caso, debido a la caducidad de la instancia donde actuaba como letrada de la parte actora-, es la pérdida de una “chance” o posibilidad de triunfo y la valuación 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 se deben tener en cuenta los principios que rigen la materia¹¹³”*.

También que *“en el análisis de la existencia de pérdida de chance, aún contemplando el hecho de que el abogado no haya actuado con la diligencia debida, se debe plantear el interrogante si realmente existió la chance que el presunto damnificado considera haber perdido, dado que para responsabilizar al profesional no se puede tener solo en cuenta la omisión del abogado, sino también la posibilidad mas o menos fundada de poder obtener el actor la satisfacción de su acreencia en el caso de su obrar diligente. Si en la especie, ello se presenta realmente como una hipótesis vaga y casi inexistente, queda excluida la responsabilidad del profesional¹¹⁴”*.

Por otra parte, se entendió que el abogado puede ocasionar a su cliente, daño moral.

Así se ponderó que *“el abogado demandado debe indemnizar el daño moral pretendido por un cliente en tanto se acreditó que no*

112 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 16/08/2001, “Zuffo, Magdalena B. c. M. P., D. H.”, RCyS 2001, 895, AR/JUR/4900/2001.

113 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, 30/03/2004, “R., S. c. G., N.”, LLBA 2004, 641, AR/JUR/882/2004.

114 Cuarta Cámara Civil, Primera Circunscripción Mendoza, expie. 31729 “Martínez, Mario Héctor C/ Carelli, Miguel Ángel P/ D. y P.”, 16/03/2009, LS205-293.

le abonó de forma íntegra la indemnización que obtuvo en un proceso judicial en el cual lo representó —en el caso, la indemnización correspondía al hijo del cliente por causa de un accidente— y el engaño al que lo sometió le generó dudas, desazones, desconfianzas y angustias que están del todo alejadas de las inquietudes propias y corrientes del mundo de los negocios o en las comunes molestias que se originan en el incumplimiento contractual¹¹⁵”.

De igual modo se entiende que el abogado debe compensar a su cliente por las costas del proceso, especialmente, por los honorarios que debió abonar a la contraria como consecuencia directa del incumplimiento contractual, como es el caso de las impuestas en el incidente en el cual se declara la caducidad de la instancia.

Al respecto se especificó que *“los daños surgen como consecuencia de la imposición de costas a la accionante en el incidente de caducidad, que puso fin al juicio contencioso administrativo, debiendo afrontar el pago de los honorarios¹¹⁶”.*

En síntesis, si no existe daño acreditado, no se le puede imputar responsabilidad resarcitoria al abogado, aún cuando hubiere incurrido en culpa en su accionar profesional.

Por ello se estimó que *“el demandante tiene que probar la existencia del daño, inexcusablemente, so pena de no recibir reparación alguna, en razón de que debe haber “algo” que reparar”* (Conf. Morello: *“indemnización del daño contractual”*, Tº I, pág. 157). Y la prueba del daño *“hecho constitutivo de la pretensión y condicionante de su viabilidad, corre por cuenta del legitimado activo, esto es, a cargo de quien lo invoca”*. Dice Llambías (*“Obligaciones”*, Tº I, pág. 316) que *“El daño...es un presupuesto de la responsabilidad; sin daño no hay responsabilidad civil. Esto plantea el problema de la prueba que para el derecho es capital porque es irrelevante la*

115 Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 29/11/2010, “R.A.J. y ots. c. V.M. y ots.”, LLGran Cuyo 2011 (febrero), 70 - LLGran Cuyo 2011 (marzo), 114, con nota de Pascual E. Alferillo; AR/JUR/77215/2010.

116 Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, sala Tercera, 5-7-2000, autos 20.714, “Raed Amín c/M. J. L. s/ Daños y perjuicios - Sumario”, L. de S., año 2000, Tº II, Fº 296/301.

existencia material del daño si no se lo comprueba apropiadamente; un daño improbadado no existe para el derecho¹¹⁷”

Y en directa vinculación con la responsabilidad del abogado, se analizó pormenorizadamente el punto cuando se declaró que “*el actor se posiciona en un axioma: reclama la suma demandada en el juicio caduco como cuantía indemnizatoria, pero no acredita en autos que la procedencia integral de la demanda hubiera sido posible atendiendo los antecedentes de la causa. Y ahí radica su falencia argumental y probatoria, no sólo de su demanda sino de su expresión de agravios. Esta parte, para cumplir con los requerimientos del artículo 265 del CPC, no debe demostrar dialécticamente el error de la consideración del a quo sino que además debe acreditar la razonabilidad de su posición.*

El dictado de la sentencia frustrada le hubiere permitido tener e ingresar a su patrimonio al actor, una declaración con el reconocimiento de su crédito indemnizatorio que pudo o no concretarse en la realidad en función de la capacidad económica del demandado. Como se advirtió y se infiere, la capacidad económica de C. no era el primer ítem a ponderar para cuantificar la indemnización.

Esta falencia probatoria de la reclamación relacionada con la cuantificación del daño no implica de modo alguno que corresponda desestimar la demanda, dado que se ha probado que los profesionales son responsables civilmente del daño producido, pues con la caducidad de instancia declarada han generado, inequívocamente, perjuicio al actor que se vio frustrado de tener un reconocimiento judicial de su crédito indemnizatorio.

En este punto resultan de vital trascendencia para juzgar la cuantificación del daño, el contenido fáctico, argumental y probatorio de la pretensión frustrada en el proceso que se adjunta a esta reclamación, donde las reglas de la experiencia permiten a la jurisdicción estimar como viable, en un alto porcentaje, la reclamación efectuada.

117 Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, Sala Primera, 24/04/97, N° 14. 342 “Cepeda, Saturnina c/ S.A.T.A. y Montecino, José Hugo – Daños y Perjuicios – Sumario”, L. de S. T° 70 F° 64/73. (voto Pettrignani)

Además de ello, argumentar –como lo hacen los profesionales demandados– que no hay perjuicio por la posible impotencia patrimonial del demandado, no resulta justificativo ético ni jurídico válido para abandonar el trámite del juicio, pues si no había expectativa económica para ellos, debieron hacer conocer esta situación a su cliente y renunciar al mandato conferido para eximirse de responsabilidad.

En la relación profesional-cliente es deber de los primeros informar todos los detalles técnicos relacionados con el caso confiado a su saber y, por cierto, no causar daño¹¹⁸”.

Este fallo deja un panorama claro sobre la necesidad de que haya daño acreditado en juicio para que se configure el deber de resarcir en el abogado que ha incumplido con sus deberes profesionales.

Hasta este renglón el examen del daño generado por los abogados conforme las reglas del Código de Vélez. A ello, se debe agregar para estar correctamente actualizado, el pensamiento expuesto por la Comisión de Reforma al Código Civil y Comercial, Dec. 191/2011.

En la propuesta se proyectó, con relación al deber de reparar, en el art. 1714 que “la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado”. Y, en el art. 1715 se fija con relación a la antijuricidad que “cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”.

Esta normativa, con otra redacción, ratifica el tradicional concepto de que sin daño no existe el deber de reparar, motivo por el cual este presupuesto debe ser el primero en verificarse y, a partir de ello, queda configurada simultáneamente, la antijuricidad.

En cuanto al concepto de daño se define, en el art. 1733, donde se dice 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 se aprecia en esta norma se define, siguiendo la doctrina autoral y juris-

118 Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, sala Primera, 25-6-2004, autos 17.582, “Montaño, Isidro Feliciano c/G., M. H. y otro s/ Cobro de pesos. Ordinario”, L. de S., Tº 88, Fº 51/59. (voto Alferillo)

prudencial examinada up supra, el concepto de daño precisando cuando es resarcible.

En cuanto a los daños materiales o patrimoniales resarcibles, en el art. 1734 se precisa que “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”.¹¹⁹

En cuanto a la indemnización de las consecuencias no patrimoniales, el art. 1737 indica que “esta legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.

La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste.

Las normas transcritas señalan que de igual modo, en el proyectado texto del los código unificados, es factible de reclamar la chance perdida, como asimismo el daño moral, todo bajo la premisa constitucional de reparación plena que se fija en el art. 1736.

3.2. Relación de causalidad entre la conducta del abogado y el daño producido.

La relación de causalidad, como presupuesto constitutivo de responsabilidad, ha sido calificado como un tema jurídicamente complejo, detalle que le permitió al profesor Orgaz advertir que muchos

119 Art. 1735 CCyC Dec. 911/11.-Requisitos. 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.

de los que examinan la cuestión lo hacen con marcado empirismo y sin penetración crítica, confundiendo a menudo la noción de causalidad con la de culpabilidad, o recurriendo a criterios diferentes para resolver los distintos supuestos de responsabilidad.

Ello es tenido en cuenta por Goldenberg cuando analiza la relación causal y afirma que “el fenómeno causal constituye un proceso de verificación de la génesis de determinados sucesos 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. Así, las consecuencias remotas mentadas en el art. 906 no se consideran tales en el iter causal ya que por su lejanía con el suceso desencadenante quedan fuera de toda estimación previsiva y por lo tanto el derecho no les confiere esa calidad para imputar responsabilidad al agente. En el área del derecho la consecuencia sólo sigue al antecedente cuando le es jurídicamente atribuible¹²⁰”.

Por su parte, Pizarro - Vallespinos cuando analizan esta problemática indican que “la necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido se denomina relación de causalidad. La relación de causalidad vincula materialmente, de manera directa, al incumplimiento obligacional o al acto ilícito aquiliano con el daño y, en forma sucedánea e indirecta, a éste con el factor de atribución¹²¹”. Es decir, estos autores entienden que

120 Goldenberg, Isidoro, “La relación de causalidad como eje del sistema de responsabilidad civil” en el libro “Responsabilidad Civil - Presupuestos”, Avocatus - Córdoba - 1997, pág. 110 y sig; con idéntico pensamiento: Alterini-Ameal-López Cabana, ob. cit., pág. 220; Jorge Mosset Iturraspe, “La relación causal”, en el libro “Responsabilidad Civil” (Hammurabi, Buenos Aires,), pág. 105”.

121 Pizarro, Ramón Daniel - Vallespinos, Carlos Gustavo, ob. cit., T° 3, pág. 94.

existen las cadenas causales únicamente cuando existe acción humana.

En el mismo sentido, Trigo Represas - López Mesa señalan que de modo uniforme se admite para que deba responderse por un daño es necesario que el mismo haya sido “causado” mediante acción u omisión, por su autor¹²². Como se puede apreciar, en la conceptualización dada por estos autores, la idea de nexo de causalidad contiene un hecho precedente y un resultado consecuente (daño) unidos, justamente, por la relación de causa-efectos en la que interviene una conducta humana.

En sentido contrario, Bustamante Alsina manifiesta que “el daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción. Es necesaria la existencia de ese nexo de causalidad, pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro¹²³”. Este criterio más amplio, cuyo postulado compartimos, entiende que en las cadenas causales pueden intervenir, no solo, los hechos humanos sino también las cosas.

En este punto corresponde precisar que se debe diferenciar entre la relación de causalidad “fáctica” y la “jurídica”. El examen de la primera lleva a conocer exclusivamente como aconteció en la realidad física la cadena de causas y efectos. En cambio, cuando ingresamos al análisis jurídico aparecen otras evaluaciones que tienen que ver con “causalidad adecuada” que vincula a la “previsibilidad” con las consecuencias resarcibles (art. 520, 521 y 901 a 906 Cód. Civil)¹²⁴ y con el de “autoría”.

Es por ello que Goldenberg procede a diferenciar entre causalidad y autoría, expresando que “la investigación de la “conexión causal” apunta al enlace material entre un hecho antecedente y un hecho consecuente, mientras que la idea de “autoría” se centra en la imputación subjetiva de un obrar a una persona determinada. Ello supone,

122 Trigo Represas, Félix - López Mesa, Marcelo, “Tratado...” cit., Tº I - La Ley, pág. 582.

123 Bustamante Alsina, Jorge, ob. cit., pág. 267.

124 Pizarro, Ramón Daniel - Vallespinos, Carlos Gustavo, ob. cit., Tº 3, pág. 98.

en primer término, una actuación del sujeto que constituye el medio por el cual da existencia al hecho, lo proyecta externamente...”.

Este autor precisa su pensamiento sosteniendo que “la relación de causalidad, supone establecer el ligamen existente entre un acto y sus consecuencias. No interesa ya el sustrato psíquico del obrar, sino su repercusión externa. De este modo, puede mediar relación causal adecuada entre el hecho de un inimputable y el daño por él ocasionado”. Este jurista indica que “antes de establecer cuando el individuo debe responder jurídicamente por un resultado, *imputatio iuris*, es necesario precisar si tal consecuencia ha sido efectivamente producida por su acción u omisión, es decir, hay que examinar la atribución material o *imputatio facti*. Una cosa es que el efecto pueda ser referido a la actuación de una persona y otra muy diferente el juicio de demérito que suscite ese comportamiento¹²⁵”.

Como se puede colegir, el concepto de autoría implica un análisis evaluativo más amplio que el ver la pura causalidad natural o física, al punto que Binding, citado por Nuñez, hace referencia a distinguir la causalidad natural –que es una causación resultante del poder de las puras fuerzas naturales– de la causalidad humana, fundada en la posibilidad que tiene la voluntad humana, en la persecución de sus fines, de gobernar y poner a su servicio las fuerzas naturales, y en la cual, por consiguiente, el núcleo causal no es una condición cualquiera, sino la actuación voluntaria del hombre en su condición de autor del hecho de que se trata.¹²⁶

Ello le permitió al penalista cordobés sostener críticamente que “el problema de la autoría, tal como en este asunto lo plantean Binding, Soler y Antolisei, no atañe a la determinación de la vinculación material entre la conducta del agente y el resultado delictivo, que es el campo propio de la cuestión desenvuelta en el Derecho Penal bajo el título de relación de causalidad. Cuando estos escritores se preocupan por establecer si, en determinadas circunstancias, una persona

125 Goldenberg, Isidoro, “La relación de causalidad en la Responsabilidad Civil” - La Ley, págs. 39/40.

126 Nuñez, Ricardo C., “Derecho Penal Argentino”, Tº Primero – Parte General (Editorial Bibliográfica Argentina- Buenos Aires- Argentina), Teoría de la imputación jurídica delictiva, pág. 264.

es autora (o en otros términos, cual es la acción que le es propia), refieren la cuestión al ámbito de la conducta que le es imputable a esa persona en tales circunstancias, a los efectos de saber cuál es la verdadera potencia causal que se debe poner a su cargo en la emergencia, individualizando así el primer término de la relación causal jurídico-penal: la conducta¹²⁷”.

Por su parte Nuñez, sintetiza sus observaciones, marcando que el tema de la autoría tiene que mantenerse al margen del juego de los factores psíquicos sobre los cuales se debe estructurar la culpabilidad del autor, pero no la condición de autor.¹²⁸

A modo de ejemplo y sin pretender agotar este tema que merece un amplio debate en la doctrina civilista, cabe referenciar el pensamiento de Gimbernat Ordeig quién en un reciente estudio sostiene a modo de conclusión que “autor en sentido estricto es el definido en el tipo. Su punición se justifica directamente sobre la base de la figura delictiva de la parte especial” y de que “la conducta del autor en sentido estricto difiere según cual fuere la naturaleza del delito”¹²⁹.

Como se puede inferir de lo expuesto que solo es una presentación del tema, el concepto de autoría para el Derecho Penal excede el análisis de la materialidad de los hechos al punto que en algunas teorizaciones se la conjuga con la culpabilidad y en otras se la vincula con la configuración del tipo penal reprimido. Es por ello que el examen de estos conceptos por parte de la doctrina civilista debe ser muy cuidadosa, pues se puede llegar a equívocos conceptuales que desnaturalicen la función reparadora.

Para completar esta visión general del tema bajo tratamiento, se debe diferenciar entre la “previsibilidad” en el nexo causal de la exigible para la configuración de la culpa.

En ese sentido, se ha sostenido¹³⁰ que cuando la pura materialidad del nexo de causalidad es observada con visión jurídica aparece,

127 Nuñez, Ricardo C., ob. cit., pág. 266.

128 Ídem.

129 Gimbernat Ordeig, Enrique, “Autor y cómplice en Derecho Penal”, (Euro Editores S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 2006), pág. 266.

130 Alferillo, Pascual Eduardo, “La vinculación del nexo causal con la culpa”, Revista “La Voz del Foro” del Foro de Abogados de San Juan, año V N° 4, pág. 10.

entre otras postulaciones teóricas, el concepto de “causalidad adecuada” que como indica casi en forma unánime la doctrina autoral y judicial, basa su punto de referencia para realizar la distinción, a los fines resarcitorios, en la “previsibilidad” de las consecuencias descartando a las que son puramente casuales.

De igual modo, con relación a la culpa se ha entendido que es la “previsibilidad” de los daños lo que la caracteriza, sea por falta de precaución o descuido del autor que no prevé siquiera como posible el resultado dañoso causado (negligencia) o, porque el autor ha sido temerario frente al resultado dañino previsto como posible pero no querido (imprudencia).

Sin embargo, Pizarro – Vallespinos marcan con claridad la diferencia entre ellas al señalar que “tanto la relación de causalidad como la culpabilidad se asientan sobre la noción de previsibilidad. Sin embargo, median importantes diferencias entre una y otra: en la relación causal la previsibilidad se valora en abstracto, con prescindencia de lo sucedido en el caso concreto, ex post facto, tomando en cuenta lo que regularmente sucede, conforme al curso normal y ordinario de las cosas. En cambio, en la culpabilidad la previsibilidad se pondera principalmente en concreto, desde el punto de vista interior del agente atendiendo al comportamiento exteriorizado frente al hecho producido¹³¹”.

Estas enseñanzas aplicadas a las hipótesis de daño ocasionados por los abogados a sus clientes marcan la necesidad de precisar, en primer término que se está ante un caso de responsabilidad contractual, razón por la cual se debe acreditar el nexo de causalidad entre el incumplimiento de las obligaciones asumidas en el pacto por el profesional y el menoscabo padecido por locador del servicio.

También, se debe tener en cuenta a los fines de puntualizar la dimensión del deber de resarcir las consecuencias dañinas del incumplimiento del abogado que es aplicable el contenido de los arts. 520, 521, 522 y conc. del Código Civil.

En ellos se impone que el resarcimiento de los daños e intereses, cuando es de origen contractual, sólo comprenderá los que fue-

131 Pizarro, Ramón Daniel – Vallespinos, Carlos Gustavo, ob. cit., T° 3, pág. 98.

ren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación. A excepción de que la inejecución de la obligación fuese maliciosa, en cuyo caso se deberán indemnizar también las consecuencias mediatas.

Por otra parte se debe tener presente que en los casos de indemnización por responsabilidad contractual, el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso.

Con este breve repaso por los criterios expuestos por los autores al examinar el tema del nexo de causalidad, el paso venidero es observar el tratamiento dado por los tribunales cuando han examinado casos de responsabilidad civil de los abogados.

Al respecto se ponderó 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 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 causa¹³²”*.

De igual modo se explicó que *“aunque aparezca como una verdad de Perogrullo, para la procedencia de una indemnización de daños, no solamente debe acreditarse la conducta negligente del demandado, lo que sí está probado en autos, sino además, la efectiva existencia de un perjuicio imputable a esa conducta¹³³”*.

En función de ello, se consideró que *“no se cumple la relación causal que debe existir entre el actuar profesional y el perjuicio que alega haber sufrido el damnificado, si en definitiva la situación de*

132 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I, 27/12/2002, “Castaño, Raúl R. y otra c. C., F.”, LLLitoral 2003 (setiembre), 1003, AR/JUR/6147/2002

133 Segunda Cámara Apelaciones Civil de Córdoba, 1/0/1999, “Winkler Daniel Enrique c/ Enzo Dante Stivala – Ordinario”

*insolvencia del deudor aleja toda posibilidad o chance concreta de haber tenido eventual éxito la pretensión del reclamo laboral del actor*¹³⁴”.

Idéntica idea se expuso al decir que “*la responsabilidad del abogado no surge si acredita que el daño proviene de un factor que rompió el nexo adecuado de causalidad, entre ellos, la culpa de la víctima, el hecho del tercero por quien no debe responder, el caso fortuito o la fuerza mayor. En el caso de la caducidad de instancia, el acogimiento de la perención demuestra que se resignaron los deberes de vigilancia y cuidado de la marcha del proceso. La parte es lega y por tanto el abogado debe demostrar que la labor no pudo ser realizada por obstáculos imputables a la parte*¹³⁵”.

También se anotó que “*en el ejercicio de la abogacía ello no acontece así, el abogado con independencia que sea apoderado o patrocinante, aunque con mayor severidad en la última de las hipótesis, puesto que esto se inscribe en una consideración rigurosamente deontológica, no puede prescindir de la colaboración de su cliente. No es que no pueda existir responsabilidad profesional, pero la causalidad de esa responsabilidad, se encuentra afectada acorde a las constancias igualmente existentes en la causa y que como tal, impiden el juzgamiento por tal motivo*¹³⁶”.

Ahora bien, el examen de la relación de causalidad conforme el Código Civil redactado por Vélez, debe ser integrada con el análisis de la normativa propuesta por la Comisión Decreto 191/2011 para reglar este tema.

En ese sentido, relacionado con la relación causal, el art. 1724 define 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 in-*

134 Cuarta Cámara Civil, Primera Circunscripción Mendoza, expíe. 31729 “Martínez, Mario Héctor C/ Carelli, Miguel Ángel P/ D. y P.”, 16/03/2009, LS205-293

135 Primera Cámara Civil, Primera Circunscripción Mendoza, expte. 170139 “Finos, J.A. Latino Saá Ordinario”, 14/08/1998, LS155-344

136 Cám. Civ. y Com. de 2ª Nom. de Córdoba, “Winkler, Daniel Enrique c/ Enzo Dante Stivala – Ordinario”, Sentencia 37, 01/07/1999. (Voto del Dr. Andruet, por sus fundamentos)

mediatas y las mediatas previsibles. Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código “consecuencias inmediatas”. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman consecuencias “mediatas”. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman “consecuencias casuales”.”.

En cuanto a la previsibilidad contractual el art. 1725 preparado, entiende 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”.

De igual modo resulta relevante para definir la responsabilidad del abogado, conforme a la doctrina que se ha transcrito especialmente cuando actúa como patrocinante, el contenido del art. 1726 el hecho del cliente dado 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”.

Para cerrar este apartado, marcando un importante avance sobre los códigos adjetivos se reglamenta en el art. 1732 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”.

La normativa propuesta por la Comisión Dec.191/11, no modifica en lo sustancial el tratamiento actual dado al nexo de causalidad entre el incumplimiento del abogado y el menoscabo que padece por su cliente, a partir de lo cual la doctrina judicial y autoral sigue vigente.

3.3. El factor de atribución en la responsabilidad del abogado.

Para los profesores Kemelmajer de Carlucci y Parellada, el factor de atribución de responsabilidad, en cuanto presupuesto del deber de resarcir, “es la razón suficiente por la cual se justifica que el daño que ha sufrido una persona se traslade económicamente a otro¹³⁷”.

El mismo, originalmente fue previsto por el Vélez Sársfield, en el art. 1067 del Código Civil donde reguló que no habrá ilícito punible para los efectos del código “sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia”. De igual modo, dentro del marco de la responsabilidad aquiliana, en el art. 1109 se estatuyó que “todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación de su perjuicio”. A su vez, en el ámbito contractual, se reguló en el art. 506 que “el deudor, es responsable al acreedor de los daños e intereses que a éste resulten por dolo suyo en el cumplimiento de la obligación” y, en el art. 511, que “es también responsable de los daños e intereses, cuando por culpa propia ha dejado de cumplirla”.

El dolo y la culpa han sido calificados como factores de atribución subjetivos porque toman en cuenta la conducta del sujeto dañador, sea porque obró descuidadamente (culpa) o ejecuto su conducta con determinación dañina (dolo).

En este orden de ideas, Orgaz recuerda, marcando su preferencia por la tesis psicologista, que “la culpabilidad investiga la relación que existe entre el querer del agente y su acto: este querer es culpable cuando el sujeto quiere el acto y sus consecuencias normalmente previsibles (dolo) o desdeña la previsión de éstas o la adopción de las medidas necesarias para prevenirlas (culpa en sentido estricto). Si se estima que medió uno u otra, el autor será responsable del daño, en caso contrario, no. La culpabilidad puede así definirse, en términos muy amplios, comprensivos de todas sus formas como una conducta espiritual del agente, desaprobada por la ley¹³⁸”.

137 Kemelmajer de Carlucci, Aída – Parellada, Carlos, “Los factores subjetivos de atribución” en libro “Responsabilidad Civil” - Hammurabi - pág. 141.

138 Orgaz, Alfredo, “La Culpa - Actos Ilícitos”, (Ed. Marcos Lerner - Córdoba – 1981), pág. 61.

Para ilustrar el punto, resulta oportuno recordar al profesor de la Universidad de Nápoles, Enrico Altavilla, cuando analiza los contrastes entre el dolo y culpa civil, que la lesión de un bien (patrimonio o persona) jurídicamente tutelado excita reacciones de distintas importancia, “según se derive de una voluntad encaminada a ocasionar un resultado, o éste se produzca por una conducta que no se cuida de los preceptos reguladores de la vida civil. Es decir, según se obre con dolo o con culpa, elementos síquicos que se diferencian no sólo cualitativa, sino también cuantitativamente, pues, en realidad, la culpa ocupa, en la escala de los actos reprobables, un puesto inferior al del dolo, y por esto “es menos que el dolo¹³⁹”.

Ahora bien, delineada la diferencia entre el dolo y la culpa, resulta ineludible para continuar con el examen del tema, recordar que la reforma parcial del Código Civil formulada por la Ley 17.711, introdujo los factores objetivos de atribución los cuales encuentran su razón de ser legal, en otras motivaciones sociales ajenas a la conducta del autor del daño, como es, por ejemplo, el riesgo o vicio de la cosa.¹⁴⁰

El profesor Borda cuando examina la proyección de la Ley 17711, en materia de responsabilidad civil, destaca que “la teoría del riesgo no desplaza la culpa, pero se la completa con la noción más dinámica del riesgo creado. Esta reforma, continúa, rompió el dique

139 Altavilla, Enrico, “La Culpa – Delito culposo, sus repercusiones civiles, su análisis psicológico” (Editorial Temis – Bogota – 1956), pág. 321; Carnelutti, “Teoría generale del reato”, pág. 363; Lezioni di dir. Penale. Il reato”, I, pág. 161. Enrico Altavilla, en la páginas iniciales de su libro resalta cuando analiza el art. 43 del Código Penal Italiano que la “previsión”, sólo tiene realce como circunstancias agravante (art. 61 núm. 3); pero tiene grande importancia, por señalar la zona de transición de la “culpa” al “dolo”, a través del llamado “dolo de peligro”. Mas adelante, define que “prever” significa proyectar un juicio en el porvenir, pronosticando que de nuestra conducta se seguirá determinado resultado, con relaciones de causa y efecto. Y a continuación transcribe un fallo de la Casación italiana que dijo: “La previsibilidad consiste en la posibilidad genérica que un hombre de mediana inteligencia y cultura, en un lugar dado y en determinado momento histórico, tiene para prever el resultado como consecuencia de su propia conducta; y en cambio, la previsión consiste en representarse efectivamente, de parte del agente, en un caso específico, el resultado como probable”.

140 Alterini, Atilio Aníbal, “Los factores objetivos de la responsabilidad civil”, en el libro “Responsabilidad Civil - Presupuestos” (Avocatus - Córdoba - 1997), pág. 121/134.

que implicaba la aplicación rigurosa de la teoría de la culpa y abrió un amplio campo para la modernización de nuestro Derecho sobre responsabilidad civil. El derecho clásico miraba el daño desde el ángulo del autor del hecho; hoy se lo mira más bien del lado de la víctima y se procura que todo daño injusto sea reparado¹⁴¹”.

Este moderno enfoque de la responsabilidad civil es destacado por Messina de Estrella Gutiérrez cuando opinó que “la reparación de la víctima es la finalidad indiscutible y fundamental de la responsabilidad civil”. Ello por cuanto “la mira del derecho de daños ha pasado del responsable a la víctima, y no sólo podemos hablar de reparación sino que las legislaciones de hoy tienden de diversos modos a la protección de su debilidad” asegurando que “la debilidad de la víctima de daños no consiste en su inferioridad económica sino en la indefensión frente a las fuentes modernas de daños tecnológicos: la víctima de accidentes nucleares, del daño ecológico, de la intromisión en la vida privada por sofisticados medios, la víctima de los daños de la biotecnología, de los productos de consumo masivo..., no posee los recursos necesarios para repeler y reaccionar contra los elementos tecnológicos causantes del daño¹⁴²”.

Es decir, como sintetiza Rivera “empieza a ser menos importante el factor de atribución subjetiva, la antijuridicidad o la causalidad; lo que interesa es que no quede un daño injusto sin reparar¹⁴³”.

Ahora bien, en este punto debemos aseverar que el saber de los tribunales entiende, casi en forma unánime que para endilgar el deber de resarcir al abogado se debe acreditar la culpa del mismo en el incumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato de prestación de servicio letrado.

141 Borda, Guillermo A., “Proyección actual de la Ley 17711 en materia de responsabilidad civil” en el libro “Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio” Alberto J. Bueros – Aída Kemelmajer de Carlucci – Directores (Abeledo Perrot – Buenos Aires – Set/1997), pág. 27.

142 Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., “Función actual de la responsabilidad civil” en el libro “Derecho de Daños”, (Ediciones La Rocca – Buenos Aires – 1991), Pág. 51.

143 Rivera, Julio César, “Responsabilidad civil y economía” en el libro “Responsabilidad Civil – Presupuestos” – Sala de Derecho Civil del Colegio de Abogados de Córdoba (Ed. Advocatus – Córdoba – 1997), pag. 11.

Esta característica lleva a examinar, brevemente algunas cuestiones relacionadas con la culpa como es su naturaleza y los modos como se puede presentar.

Con relación al primer tema, sin lugar a duda para acercarnos a la *ratio esendi* de la culpa resulta necesario bucear en las teorías que han pretendido fundamentar su naturaleza. Esta tarea, nada fácil para la doctrina, ha tenido mayor desarrollo y profundidad en el ámbito del derecho penal que en el civil.

*A modo de ejemplo de la importancia que reviste para la doctrina criminal auscultar sobre la naturaleza de la culpa, basta recordar la síntesis de ellas efectuada por Jiménez de Asúa, cuando las enumero del siguiente modo: a) opiniones que extrañan la culpa del ámbito de la culpabilidad; b) teoría del defecto de inteligencia; c) la previsibilidad y la prevenibilidad; d) vicios de voluntad y las doctrinas voluntaristas; e) las concepciones de Binding y de Mezger; f) la doctrina de la falta de atención; g) teoría del error; h) doctrinas del sentimiento y del carácter; i) la concepción integral de von Liszt; j) las tesis positivistas, k) la peligrosidad de la culpa y del culpable; l) las teorías fisio-psico-sociológicas; m) la solución psicoanalítica; n) otras nociones de la culpa; o) las ideas del finalismo...*¹⁴⁴. A las enunciadas debemos agregarles la tesis que sustenta la naturaleza normativa de la culpa, que es adoptada por este autor.¹⁴⁵

De estas posiciones doctrinarias, han influido en nuestros autores nacionales, la psicológica y la normativa, sobre las cuales pondremos brevemente nuestra atención.

La evolución de las doctrinas penales que investigan la esencia de la culpa criminal, es relatada por Echevesti marcando que la primera refería a un aspecto subjetivo, a una experiencia psicológica, así “la culpabilidad se capta en el nexa psicológico que une la voluntad del autor con el acto realizado”, a partir de lo cual “el dolo y la

144 Jiménez de Azúa, Luis, “Tratado de Derecho Penal” – Tomo V “La Culpabilidad” (Ed. Losada, S.A. Buenos Aires) pág. 740.

145 Ibídem, pág. 840.

culpa configuran especies de culpabilidad, que llenan el contenido de esta".¹⁴⁶

Al respecto, Breglia Arias y Gauna, explican que "la teoría tradicional situó el dolo y la culpa dentro de la culpabilidad; esta era la relación psíquica del autor con su acto. Posteriormente, la culpabilidad aparece como el resultado de un juicio de reprochabilidad. El dolo y la culpa seguían estando dentro de la culpabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad". En cambio, "la teoría finalista que ve en la acción una actividad no ciega sino dirigida, modifica sus conceptos y finalmente sostiene que "en los delitos culposos la acción también tiene fines, pero están dirigidas a un resultado distinto del causado por el autor"¹⁴⁷".

En cambio, la concepción normativa compleja de la culpabilidad entiende a ésta como un juicio de reproche. La conducta típica y anti-jurídica sólo constituye delito cuando el juicio de disvalor recaído sobre el acto puede extenderse al autor. Este segundo juicio constituye la culpabilidad; mediante él se reprocha al autor que se ha comportado contra lo que ordena (prohíbe o manda) el Derecho, pudiendo haber actuado de acuerdo con lo que éste dispone. El autor citado, resume esta teoría expresando que la culpabilidad supone estos presupuestos: imputabilidad, forma de culpabilidad y exigibilidad de conducta adecuada a la norma; son ellos los tres grandes pilares sobre los que se apoya el juicio de reprochabilidad que la culpa supone.^{148 149}

146 Echevesti, Carlos A., "La culpa – Teoría General – Principales supuestos de aplicación"- Colección responsabilidad Civil – volumen 6 (Ed. Hammurabi - Buenos Aires – oct /1997), pág. 47/48.

147 Breglia Arias, Omar – Gauna Omar R., "Código Penal y Leyes complementarias – Comentado, anotado y concordado" (Ed. Astrea – Bs.As. – 1985), pág. 281.

148 Echevesti, Carlos A., ob. cit., pág. 49.

149 Echevesti, Carlos A., ob. cit. pág. 50. Este autor completa su desarrollo indicando que la posición finalista, de igual modo, concibe la culpabilidad desde el reproche; pero dice que el hecho psíquico pasa al campo de la acción, y la culpabilidad es la reprochabilidad del proceso de formación de la voluntad. Una acción no es ya reprochable por el solo hecho de que su autor haya conocido o podido conocer su calidad de ser adecuada al tipo, sino únicamente, cuando él conoció o pudo conocer, además su antijuridicidad.

Entre los autores civilistas, además del pensamiento de Orgaz antes transcripto resulta oportuno¹⁵⁰ para completar nuestra ilustración respecto de los buceadores de la naturaleza de la culpa, citar el pensamiento de Bueres, quién intenta desde la visión civilista una conciliación entre ambas posiciones. En efecto, en una clara síntesis de sus ideas, manifiesta que “la culpabilidad es un *quid* comprensivo del dolo y la culpa. Estas dos especies son parcialmente normativas, puesto que el sujeto deudor o victimario incurre en ellas cuando transgrede la ley pudiendo no hacerlo, o cuando no se motiva en la ley debiendo hacerlo. Precisamente, la faz *normativa* permite, hablar de una *culpa social*, contribuyendo, de tal suerte, a disipar toda connotación represiva en orden al fundamento de la responsabilidad civil”. En función de ello “no repudia la culpa –aunque reduzca sensiblemente su ámbito-, sino que repudia la culpa castigo, la que está preñada de matizaciones retributivas” y “se resiste aceptar una culpa totalmente desprovista de *psicologismo*, de una cierta faz espiritualista. Pero ello no puede dejar a un lado el aspecto normativo de la culpa, que es vital para que pueda considerarse que hay una verdadera *culpa social*”.¹⁵¹

Finalmente cabe acotar las expresiones vertidas por Andorno cuando estudió los elementos que integran el concepto jurídico de culpa. Para este autor, corresponde tener en cuenta: “a) Valoración de conducta. La culpa exige una valoración del comportamiento humano, y allí donde puede hacerse un juicio de reproche puede existir una culpa. b) Juicio de reproche. La valoración debe versar sobre la diligencia y la prudencia en el actuar. De este modo, la culpa se presenta en dos versiones: 1º) Como negligencia, caso en el cual el sujeto omite cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso. Es decir, hace menos de lo que debe y, 2º) como imprudencia caso en el cual el sujeto obra precipitadamente o sin prever por entero las consecuencias en las que podría desembocar su acción irreflexiva, hace

150 Orgaz, Alfredo, “La Culpa...”, cit., pág. 61.

151 Bueres, Alberto J., “El acto ilícito” (Ed. Hammurabi – Buenos Aires – Argentina – 1986), pág. 66/67; “Responsabilidad civil del escribano” (Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina - 1984), pág. 46 y “Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos” (Ed. Abaco – Buenos Aires – 1979), pág. 229 y 230.

más de lo que debe. Ello significa por lo tanto, que la culpa tiene dos elementos negativos, a saber: 1º) Hay carencia de la diligencia debida, lo cual surge de la propia definición legal del art. 512 C.C. y 2º) Hay carencia de malicia, porque si el sujeto obró con intención de no cumplir una obligación contractual, o de dañar extracontractualmente, tales procederres maliciosos configuran dolo, categoría distinta de la culpa y más grave que ella...¹⁵²”.

En estas breves reflexiones es de nuestro interés dejar sentado como premisa que “la culpa”, es una creación cultural del hombre y no un hecho físico del sistema psíquico. Ello se entiende por cuanto cualquier culpa tiene como presupuesto necesario, además de una capacidad para razonar óptima, que el hombre conozca cual es el parámetro del buen comportamiento, a partir del cual el proceso volitivo del sujeto pueda evaluar si la conducta a ejecutar es buena o mala, positiva o negativa, conveniente o perjudicial, etc. para sus intereses o los de terceros.

Sin esa medida cultural, se podrá tener capacidad natural para razonar, pero el sujeto no podrá evaluar efectivamente por carecer de un punto de referencia.

Este punto de referencia es normalmente definido por el poder legisferante en los plexos normativos, siguiendo dos sistema: El que fija modelos en abstracto (buen padre de familia, buen profesional, etc.) para medir el accionar del sujeto o, en concreto como regla el art. 512 del Código Civil al determinar que “la culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

En síntesis, para la configuración de la culpa como factor de atribución subjetivo participa ineludiblemente la psiquis humana la

152 Andorno, Luis, “El factor subjetivo de imputación” en el libro “Responsabilidad Civil - Presupuestos” (Avocatus), pág. 156/157; Trigo Represas, Félix, “Teoría general de la responsabilidad civil. Las eximentes”, libro cit., pág. 277; Bustamante Alsina, Jorge, ob. cit., N° 792 pág. 793/794; Alterini, Atilio Aníbal - Ameal, Oscar José - López Cabana, Roberto M., ob. cit., pág. 183.

cual necesita de un punto de referencia o parámetro cultural que es precisado por el poder legisferante del Estado en la norma jurídica, para llevar a cabo y no importarle el resultado dañino (imprudencia¹⁵³) o no realizar (negligencia¹⁵⁴) el proceso evaluativo de adecuación o no al mismo. Este proceso evaluativo es llevado a cabo primero por el propio sujeto trasgresor y, en segundo término, por la jurisdicción que formula el juicio de reproche programado por la sociedad y concreta la punición prevista.

Ahora bien de retorno al examen del art. 512 del Código Civil se infiere de su lectura que este precepto pone énfasis en la absten-

153 La *imprudencia* puede ser definida como el comportamiento humano actuado en sentido contrario a la prudencia. A su vez, ésta es conceptualizada como “una de las cuatro virtudes cardinales, que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello, templaza, cautela, moderación, sensatez y buen juicio” (Diccionario de la Lengua Española - Real Academia Española - XXI Ed., voz “prudencia”, pág. 1685). En función de los conceptos expuestos, el profesor Ricardo Núñez, cuando examina la dogmática del código nacional explica que “la imprudencia (luxuria) consiste en una temeridad (ligereza); y puede originar la culpa con previsión o conciente. Esta forma de culpa se caracteriza porque el autor ha sido temerario frente al resultado criminal previsto como posible, pero no querido. La imprudencia como culpa conciente, tiene de común con el dolo eventual, el hecho de que en ambas el autor prevé como posible la realización del resultado criminal. Pero mientras en el dolo eventual el autor ha asentido la realización del efecto, en la imprudencia no lo ha hecho” (Núñez, Ricardo, ob. cit., pág. 129; Terragni, Marcos Antonio, “El delito culposo” (Rubinzal-Culzoni – Editores – 1998), pág. 67; Acosta Daniel Fernando, ob. cit. pag. 48, siguiendo las enseñanzas de Laje Anaya – Gavier (“Notas al Código civil Argentino”, Tº II – Parte Especial, pág. 42 (Ed. Córdoba – 1995)) sostiene que “es la imprudencia el comportamiento que, con arreglo a las circunstancias del caso es atrevido, riesgoso o peligroso para las personas o bienes ajenos. Por el contrario, la negligencia es el comportamiento que de acuerdo con las circunstancias del caso es descuidado, dejado, desatendido. Es negligente la persona indolente y desaprensiva que obra con desidia y despreocupación, y que por esa razón no ha previsto debiendo hacerlo, las consecuencias de su conducta”).

154 Una conducta negligente, para la definición idiomática, es aquella que se actúa “falto de aplicación”, en forma “descuidada” y con “omisión”. (Diccionario ob. cit., pág. 1433). Por ello, Breglia Arias y Gauna sostienen, cuando analizan este tipo de culpa prevista en el articulado del Código Penal que “negligencia equivale a despreocupación, falta de cuidado y se manifiesta en una conducta omisiva”. (Breglia Arias, Omar – Gauna Omar R., ob. cit. pág. 282; Terragni, Marcos Antonio, ob. cit., pág. 68; Acosta, Daniel Fernando, ob. cit. pág. 48). A su vez, Núñez opina que “negligencia (negligentia) consiste en una falta de precaución (descuido,

ción del *debitoris* en producir las medidas conducentes al correcto pago del débito. Esta omisión viola el deber de previsión regulado en el art. 902 del Código Civil, el cual estatuye que “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”.

Los profesores Cazeaux y Trigos Represas enseñan que “la culpa en el sentido de negligencia, descuido, imprudencia, desidia, falta de precaución, cometidos sin intención. En la culpa así entendida no existe el propósito deliberado de incumplir. No se cumple simplemente por imprevisión, por no haber tenido el cuidado de adoptar las medidas necesarias para ejecutar la prestación.”¹⁵⁵

Por su parte, Mayo cuando comenta el artículo piensa que “la culpa se presenta, de acuerdo a su definición, como una omisión de diligencias, diligencias que imponía la naturaleza de la obligación, reflejando una conducta del agente contraria a lo que era dable exigir en las circunstancias del caso y que provoca el perjuicio de un interés ajeno jurídicamente tutelado...”¹⁵⁶

La doctrina de los tribunales analizó que “*la responsabilidad del abogado lo es por su hecho propio o personal, razón por la cual*

falta de atención); origina la culpa llamada sin previsión o inconsciente. Esta especie de culpa se caracteriza porque el autor, en razón de su falta de precaución, no ha previsto siquiera como posible el resultado criminal causado. La falta de precaución ha hecho que el autor ignore o yerre acerca de la naturaleza de lo que hacía o del resultado posible de lo que hacía” (Núñez, Ricardo, ob. cit., pág. 128. Este autor, cabe destacar, precisa que “desde el punto de vista formal se afirmar que la negligencia es culpa in omittendo, y la imprudencia culpa in agendo. Esto es exacto en cuanto significa que la negligencia implica la omisión de una medida de precaución y la imprudencia el afrontamiento positivo del riesgo). En forma coincidente, el profesor italiano Altavilla, entiende que “consiste en una conducta omisiva, contraria a las normas que imponen determinada conducta, solícita, atenta y sagaz, encaminada a impedir la realización de un resultado dañoso o peligroso” (Altavilla, Enrico, ob. cit., pág. 7).

155 Cazeaux, Pedro N. – Trigo Represas, Félix a., “Derecho de las Obligaciones”, (Librería Editora Platense – La Plata – Buenos Aires – 1979) 2da. Edición 1ª Reimpresión aumentada y actualizada, Tº 1, pág. 260.

156 Mayo, Jorge A., “Código Civil y Leyes complementarias – Comentado, anotado y concordado”, Belluscio A. C., Director - Zannoni E. A., Coordinador, Tº 2 (Ed. Astrea – Buenos Aires – 1979), pág. 627.

el factor de atribución es en principio subjetivo: la imputabilidad de la culpa, o dolo, de conformidad con el art. 512 C.C., se establece por negligencia, descuido, desidia, falta de precaución o imprudencia, no se obró como debió provocándose un daño. Pero la culpa profesional se aprecia en función del arquetipo del “buen profesional”, es decir con un comportamiento prudente, munido del bagaje científico que es dable exigir, teniendo en cuenta que el error científico no es constitutivo de culpa si es excusable. El abogado defiende los intereses de su cliente, sea como patrocinante o apoderado, no asume obligación de resultado en cuanto al contenido de la resolución judicial de la causa, por lo que, respecto del resultado final del juicio, cumple debidamente su prestación poniendo toda su diligencia, su ciencia y su prudencia para tratar de lograr que la causa concluya como mejor convenga a los intereses de su parte. En consecuencia, no es suficiente la mera obtención del fin perseguido, pero no asegurado - pérdida del caso -, sino que debe demostrarse que ello sucedió por culpa o negligencia del obligado, debiendo existir la vinculación causal adecuada entre el proceder del profesional del derecho y el perjuicio sufrido por su cliente¹⁵⁷”.

Sin perjuicio de la pauta general expuesta en el fallo antes transcrito, se advirtió que en algunos casos se entendió que la naturaleza del deber profesional era de resultado, calificación que trae como consecuencia que el saber de tribunales especifique que “*la responsabilidad profesional del abogado debe ser analizada, por regla, bajo la normativa aplicable a las obligaciones de resultado atenuadas, en las cuales el deber de prestación se conforma con la disposición de los medios orientados hacia la obtención del resultado*”. En palabras del mismo fallo se entiende que “*en las obligaciones de resultado atenuadas, como lo es aquella a cargo del abogado, el*

157 Suprema Corte de Mendoza, Sala N°1, Expte.: 94429 “Mastronardi Ricardo A. en J: 143.499/31.144 B.H.E c/ M.R.A. P/ D. y P. S/ Inc. Cas. y su Acumulada N 95.483 Caratulada: “Bertona Hugo Ernesto” en J: 31.144/143.499 “B.H.E C/ M.R.A. P/ D. y P. S/ Inc. Cas.”, 10/03/2010; LS411-009, ídem, expte.: 89399 “González Loyarte de Salomón Ana María En J° 186.100/9305 “Z. de M.E.R. C/ G.L. De S.A.M. P/ Daños y Perjuicios S/ Inc. Cas.”, 08/04/2008, LS387-191

deudor se exime de responsabilidad probando que obró de modo diligente¹⁵⁸”.

Por ello, *“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 experiencia que determina que ese resultado es normalmente producido por culpa en casos similares.¹⁵⁹”*

En cuanto al modo de medir el nivel de la culpa en que incurrió el profesional de la abogacía, se expuso precedentemente, la existencia de dos métodos: el que adopta un parámetro o modelo en abstracto y, el que en concreto efectúa la valuación de la conducta.

En este primer grupo de sumario jurisprudenciales se puede advertir que la jurisdicción adopto un modelo de abogado en abstracto cuando sostuvo que *“para valorar si ha mediado culpa del letrado, hay que comparar su comportamiento con el que habría **tenido un profesional prudente, dotado del bagaje científico que cabe exigir, en las mismas circunstancias, tendiendo en cuenta que el error de orden científico no es constitutivo de culpa si resulta excusable¹⁶⁰”***.

O que *“la responsabilidad del abogado debe hacerse efectiva cuando éste infringe los deberes que le incumben concernientes al patrocinio o a la representación de su cliente. Por su parte, la culpa del abogado se caracteriza por haber causado perjuicio a su cliente con su actuación, su dirección o sus consejos, en virtud de **no haber sabido lo que un profesional de su categoría ha podido saber¹⁶¹”***.

En ambos casos se buscó al saber o, mejor expresado la carencia de dicho conocimiento, para reprocharle el accionar profesional y catalogarlo como incurso en culpa.

En cambio, en otros pronunciamientos se analiza en concreto el

158 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 06/06/2000, “F., R. B. c. G., A. I.”, RCyS 2001, 418.

159 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, AR/JUR/3688/2000

160 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 18/05/2007, “Gari, Osvaldo Víctor c. P., V. R. y otro”, RCyS 2007, 960 - DJ 2007-III, 769, AR/JUR/2378/2007

cumplimiento de la obligación debida para juzgar si hubo o no culpa del abogado.

Así se puede leer que *“el profesional que ejerce la abogacía debe adecuar su actuación al derecho vigente y esencialmente a los principios de lealtad, buena fe y probidad procesal, consecuentemente es propio a su incumbencia profesional el conocimiento cabal de los hechos en que se fundamenta el derecho al que presta su asistencia y de la prueba en que estos se justifican, en casos como el de autos un atento examen de la documentación que acompañara a su presentación le hubiera permitido advertir la falta de razón de su patrocinado e incurrir en el supuesto error que ahora invoca, atento su carácter de técnico del derecho, razón que impide eximirlo de responsabilidad”¹⁶²*.

El mismo concepto se encuentra plasmado en el fallo donde se indica que *“la vigencia de la máxima de ética profesional que manda obrar según ciencia y conciencia, implica que cuando una determinada tarea excede la ciencia o indisponde la conciencia del profesional, no sólo se justifica el excusarse de asumirla, sino que es recomendable hacerlo por una cuestión de prudencia, con trasfondo ético y de responsabilidad profesional. Tales pautas son las que deben regir la actitud y la conducta del abogado en el análisis preliminar a la asunción de un asunto profesional determinado”¹⁶³*.

De igual modo se precisó que *“la responsabilidad del abogado radica en que antes de exponer los hechos que el cliente le indica debe examinar su verosimilitud, y apreciar la viabilidad de la pretensión. En la medida que afirme circunstancias o hechos que pudo advertir fácilmente que no eran verdaderos y que tienden a confundir maliciosamente al juez, podrá ser sancionado en forma conjunta*

161 Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala I, 17/09/1996, “Guzmán Martí, Armando y otra c. Efron, José V. y otro”, LLBA 1998, 235, AR/JUR/1653/1996

162 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala II, 09/04/1996, “Raimondo, Marcelo y otro c. Fobrocem S. R. L.”, LLBA 1996, 866, AR/JUR/2598/1996

163 Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados de Córdoba, 20/02/1996, s/p, LLC 1997, 1092, AR/JUR/3158/1996

e independiente de la parte¹⁵⁸”. O que “un abogado diligente no puede limitarse a redactar el libelo inicial, sino que el buen ejercicio de la profesión exige verificar y valorar los elementos probatorios con los que cuenta a fin de acreditar los extremos invocados como fundamento de su pretensión o defensa¹⁶⁵”.

En este punto cuadra resaltar que en el procedimiento de ponderar la culpa del abogado tiene importancia el cumplimiento por parte del cliente de los deberes secundarios de colaboración dado que ellos pueden interrumpir el nexo causal entre el daño y la conducta del profesional. Es por esta razón que al abogado se le impone una diligencia extra para proteger su accionar de posibles achaques de incumplimiento por parte de su cliente.

Al respecto se consideró en expresiones generales que “si el letrado no puede cumplir fielmente su deber profesional en razón de la supuesta falta de colaboración de su cliente, un actuar diligente impone tratar de resguardar su propia responsabilidad, renunciando por escrito en el expediente o por comunicación fehaciente al actor, para que éste asuma su defensa por medio de otro profesional en tiempo oportuno¹⁶⁶”.

También que “si el letrado no podía cumplir fielmente su deber profesional por la supuesta falta de colaboración de sus clientes, la diligencia le imponía tratar de resguardar su propia responsabilidad¹⁶⁷”.

Es decir, “el abogado debe actuar diligentemente, y si advierte falta de colaboración de su cliente, o actuaciones que inducen a presumir que aspiran a la defensa de otro profesional, debe resguardar su propia responsabilidad renunciando por escrito en el expediente o por comunicación fehaciente al actor. Los abogados y pro-

164 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 15/12/1995, “B. de F., L. M. c. A., R. M. y otros”, AR/JUR/3492/1995

165 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, “Fainbarg, Jorge O. c. C., E. A.”, 13/12/2006, La Ley 28/03/2007 , 6, AR/JUR/9386/2006

166 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 13/03/1996, “R., H. D. c. C., D. A.”, La Ley 1997-F, 938, AR/JUR/3062/1996

167 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, AR/JUR/596/1991

*curadores deben documentar la situación del cliente para poder eximirse de responder*¹⁶⁸”.

Esta exigencia probatoria de la conducta reticente del cliente adquiere relevancia cierta cuando el abogado actúa como patrocinante, pues no pesa sobre su persona el deber de procuración pero si el de hacer conocer a su cliente, por ejemplo, las consecuencias de la inactividad procesal que será mayor en la medida que éste sea un sujeto con menor nivel de instrucción.

En esa dirección se entendió que *“debe responsabilizarse al letrado que patrocinó al actor en un juicio en el cual se declaró la caducidad de la instancia pues, aún cuando se tuviera por cierto que el demandado intentó infructuosamente ubicar a su cliente, ante la falta de respuesta de éste a sus llamados telefónicos, debió arbitrar las presentaciones para evitar la caducidad o renunciar al patrocinio para evitar la consiguiente responsabilidad*¹⁶⁹”.

También que *“corresponde responsabilizar a los abogados code mandados por la caducidad de instancia producida en la causa en la que patrocinaban al actor, pues, si bien sostuvieron que ello se debió a la falta de firma de su patrocinado, ello no puede justificar el abandono del proceso en desmedro de su cliente, dado que si no podían cumplir con su deber profesional en razón de la supuesta falta de colaboración de aquél, un actuar diligente les imponía tratar de resguardar su propia responsabilidad, renunciando por escrito en el expediente o con su comunicación fehaciente al actor para que éste asumiera su defensa por medio de otro profesional en tiempo oportuno*¹⁷⁰”.

Ello es así por cuanto *“pesa sobre el letrado patrocinante la carga de desvirtuar la presunción de culpa por la perención de un juicio, la que no puede sustentarse simplemente en la falta de cooperación de su ex cliente -en el caso, probada por testigos-, sino en la*

168 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 08/07/1999, “E. C., M. A. c. E. C.”, AR/JUR/1432/1999

169 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 20/09/2010, “K., L. J. c. S., V. A.”, DJ 26/01/2011, 53, AR/JUR/60033/2010

170 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 03/07/2006, “Pugliese, Miguel A. c. C., J. R. y otro”, AR/JUR/4354/2006

existencia de una razón debidamente justificada que le hubiera impedido apartarse del patrocinio con anterioridad al vencimiento del plazo de perención¹⁷¹”.

En otras palabras, “el abogado que pretende eximirse de responsabilidad por la declaración de caducidad de la instancia en el juicio en el cual asistía a su cliente como patrocinante, con fundamento en la falta de concurrencia a firmar un escrito, 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 oportuno¹⁷²”.

Para completar el estudio de este presupuesto necesario para imputar el deber de resarcir, como es el factor de atribución, el proyecto Comisión Dec. 191711, además de unificar los regímenes de responsabilidad y describe, en el art. 1722, que “son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. 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. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

Asimismo, en el art. 1723, se regla el modo de valorar la conducta cuando se prevé que “cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición

171 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 16/08/2001, “Zuffo, Magdalena B. c. M. P., D. H.”, RCyS 2001, 895, AR/JUR/4900/2001.

172 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, 30/05/2006, “Delgado, Tomás V. c. Andreatta, Norberto”, LLBA 2006, 1369, AR/JUR/3734/2006

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”.

Como se puede inferir del análisis de estas propuestas de renovación, se consagra a la *culpa in concreto* como parámetro de referencia, motivo por el cual corresponde tener en consideración las diversas circunstancias que giran alrededor del acto o hecho generador del perjuicio. En especial, se debe tener presente que los abogados, además de la negligencia o imprudencia en que puedan incurrir en el ejercicio de su profesión, se considera en el proyecto que serán culpables cuando sean imperitos en el arte o profesión dado que corresponde tomar en cuenta su condición académica.

En la propuesta de renovación y unificación, en el art. 1731 se avanza en la determinación de la carga probatoria de los factores de atribución y de las eximentes, cuando se 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. 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”.

Esta última norma, de algún modo, limita las ventajas procesales que otorga el proyectado art. 1768 que tipifica en el marco de las obligaciones de hacer, a los deberes emergentes del ejercicio de las profesiones liberales. Es decir, la codificación proyectada adopta una definición doctrinaria al precisar que es de medio, determinando, simultáneamente, que será subjetivo el factor de atribución. Sin perjuicio de ello, por aplicación del art. 1731, le puede ser exigido al abogado que acredite la eximente de su responsabilidad o que ha actuado con la diligencia debida.

Sin duda, si el cliente reclamante del resarcimiento, acredita el incumplimiento de deberes procesales, como puede ser la inactivi-

dad o la no presentación de la demanda o de la apelación, se está mostrando ciertamente un resultado negativo, con lo cual la carga probatoria de la no culpa, estará en cabeza del profesional.

3.4. La antijuridicidad del accionar del abogado.

En cuanto al requisito de la ilicitud, llamado de igual modo antijuridicidad, consiste, en términos generales, en la violación del ordenamiento jurídico, considerado éste como un todo unitario y coherente¹⁷³.

A partir de este concepto primario se coincide que en el derecho civil argentino hay dos normas específicas que se refieren a la antijuridicidad o ilicitud, y que son las de los arts. 1066 y 1074 del Código Civil.

La primera de ellas, establece, que ningún acto voluntario tendrá carácter de ilícito (antijurídico), si no fuera expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales, reglamentos de policía, etc. Y, la segunda contenida en el art. 1074, refiere a las omisiones antijurídicas, cuando dice que toda persona que por cualquier omisión hubiere causado un perjuicio a otra, será solamente responsable si una disposición de la ley le impusiere la obligación de realizar el hecho omitido.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el art. 1067 del Código Civil precisa que no habrá ilícito punible a los efectos civiles, si no hubiere daño causado u otro acto exterior que lo pueda causar. Ello marca la *ratio legis* de la codificación civil que es resarcir el daño producido por un acto ilícito y no sancionar la contravención a la norma, esferas de incumbencia reservada al derecho administrati-

173 Ossola, Federico Alejandro "La antijuridicidad. ¿Presupuesto de la responsabilidad civil?" en el libro "Res-ponsabilidad Civil - Presupuestos", Advocatus-Córdoba -1997; Bueres, Alberto J. "La antijuridicidad" libro cit., pág. 42, pág. 58; Iturraspe José Mosset, "La antijuridicidad", en el libro "Responsabilidad Civil", Hammurabi, pág. 5; Enneccerus, Ludwig, "Tratado de Derecho Civil" – Primer Tomo – II- (Parte general) volumen segundo (Bosch, casa Editorial – Barcelona – España), pág. 434 señala con criterio restrictivo y privatista que "acto ilícito es la conducta culposa contraria a derecho, de la cual el ordenamiento jurídico deriva, como consecuencia sustantiva, un deber de resarcir..."; Moisset de Espanés, Luis, ob. cit., pág. 451 y sig.

vo (poder de policía) y la conducta delictual del autor del ilícito que es punida por el Derecho Penal.

Esta diferencia se perfila con nitidez, verbigracia, cuando acontece un accidente de tránsito por la imprudencia de uno de los conductores que avanzó en la encrucijada con semáforo en rojo, administrativamente será sancionado con la correspondiente multa; penalmente si produjo lesiones o la muerte de la persona damnificada con prisión e inhabilitación (art. 84 y 94 C. P.) y civilmente, con el resarcimiento de los perjuicios ocasionado.

De igual modo, un abogado puede tener una inconducta en juicio que genere la sanción de los cuerpos de disciplina de los Colegios profesionales, la del propio Juez que tiene facultades disciplinarias y ser la base fáctica de una reclamación de daños por parte del cliente.

Un tema que trae complejidad es cuando se concede el resarcimiento de los menoscabos derivados de conductas lícitas. Ello en base que se ha juzgado que la injusticia del daño es independiente del acto lícito, es decir, el menoscabo se reputa injusto *per se*.¹⁷⁴

Este criterio desarrollado por la doctrina ha sido recepcionado en la normativa sugerida por la Comisión Dec. 191/11, en el art. 1715, donde se sugiere reglamentar que “cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”. Como se infiere se propone crear una presunción de ilicitud cuando simplemente se verifique la existencia de un daño en el patrimonio o en la persona del cliente. A partir de ello, la justificación será a cargo del abogado quién deberá demostrar que el mismo está justificado por haber sido por inconducta del propio cliente o por otro factor que exculpe al profesional.

174 Agoglia, María Martha, “El daño jurídico – Enfoque actual” (La Ley – Buenos Aires – Argentina - 1999), pág. 46 y sig., Bueres, Alberto J. “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta” en Derecho de Daños en homenaje al profesor Jorge Mosset Iturraspe, (Ed. La Rocca – Buenos Aires – Argentina – 1989), pág. 161; Terceras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan – 1986) Comisión N° 4 “Responsabilidad del Estado por actos lícitos”, Mosset Iturraspe, Jorge, “Estudio sobre responsabilidad por daño” T° IV “Daño de hecho y daño jurídico” (Rubinzal-Culzoni – Santa Fe – Argentina – set/1982), pág. 11.

El maestro Brebbia recuerda que el Estado tuvo que afrontar el pago de los daños causados a los particulares en los casos en que obró en la esfera legítima de sus atribuciones, y sin que mediara culpa de ese ente o existiera algún otro factor de atribución de responsabilidad, y que conculcase los derechos personalísimos fundamentales de propiedad, de igualdad ante la ley y de defensa en juicio, consagrados en los art. 14, 16, 17 y 18 y conc. Constitución Nacional. Queda claro entonces que en estos casos existió ilicitud, que esta dada por la contrariedad de la conducta observada por el Estado respecto a lo que disponen las normas constitucionales.¹⁷⁵

En el caso de los abogados se analizó que *“la negligencia del abogado en la atención de un juicio como procurador o patrocinante, manifestada por omisiones o por la ausencia de una preparación adecuada para asumir el compromiso profesional, constituye un ilícito que puede ser encarado como una falta contra la justicia conmutativa, lo cual generará la eventual responsabilidad por daños y perjuicios, los cuales aparecen como la sanción y correlativa; pero también puede constituir una transgresión a los preceptos que sustentan la organización judicial y la forma de actuar ante los tribunales, lo cual originará la aplicación de una multa procesal y la condenación en costas (sanción disciplinaria que se ha aplicado en el caso), y finalmente puede dar origen una responsabilidad en el campo de la ética que se proyectará, en caso de sanción, sobre aspectos del ejercicio profesional o mediante condenación económica”*¹⁷⁶.

175 Brebbia, Roberto H., “Instituciones de Derecho Civil”, (Editorial Juris – Rosario – Santa Fe – diciembre 1997), pág. 150. Moisset de Espanés, Luis, “Curso de obligaciones”, Tº II (Avocatus – Córdoba – Argentina – 1994) pág. 450, sienta su posición cuando enseña que “no aceptamos la denominación de ilicitud objetiva o sin culpa, admitimos en cambio la responsabilidad objetiva o sin culpa, porque en nuestra concepción ilicitud y responsabilidad no son sinónimos...”

176 Tribunal de Ética Forense, 03/03/1983, “G. V., A.”, La Ley 1984-A, 314 - LLP 1984, 457.

TERCERA PARTE

RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS

ANÁLISIS DE CASOS

1. Introducción.

En esta tercera parte procederemos a examinar, con mayor detalle, las distintas hipótesis que se han presentado a la jurisdicción peticionando el resarcimiento de los daños ocasionados por los profesionales de la abogacía a sus clientes.

En esa dirección, siguiendo un sentido lógico para atender sistemáticamente los distintos casos en los cuales puede actuar el profesional, se estima conveniente comenzar el estudio analizando las consecuencias de la relación “abogado-cliente” que se traba en la etapa previa a la iniciación de los procesos judiciales.

En el paso siguiente, corresponde observar la responsabilidad del abogado derivada de su actuación en el marco del proceso judicial por él direccionado. En este caso, resulta relevante diferenciar la actuación como apoderado de la de patrocinante, pues la relación con el cliente y, por ende, sus deberes, tienen sus diferencias que se marcan por la carencia de apoderamiento en la segunda alternativa.

2. El saber del abogado y la responsabilidad civil.

De la lectura detenida y sistemática de los precedentes judiciales en los cuales se analizó el accionar profesional de los abogados, se puede formular una primera división teniendo en consideración que la abogacía se caracteriza por ser una profesión cuyo título se obtiene en los claustros universitarios, a partir de lo cual se colige su calidad de especialista en el conocimiento de temas relacionados con la ciencia jurídica. A la par, su ejercicio liberal se lleva a cabo me-

dian­te la pro­cu­ra­ción en de­fen­sa de los de­re­chos del clien­te. Ello, ineludible­men­te, marca que pue­den exis­tir, incum­pli­mien­to re­la­cio­na­dos con el sa­ber ju­rí­di­co del abo­ga­do o con su di­li­gen­cia en el cum­pli­mien­to de los pro­pó­si­tos pro­cu­ra­dos. En po­cas pa­la­bras, un abo­ga­do pue­de ser ne­gli­gen­te en su sa­ber o en su ac­cio­nar.

En este aparta­do, se for­mu­la­ra un bre­ve co­men­ta­rio res­pec­to de la pri­me­ra op­ción pues si bien es cier­to que en nues­tro sis­te­ma, el sim­ple he­cho de ob­te­ner el títu­lo uni­ver­sa­rio ava­la para ejer­cer la pro­fe­sión de por vi­da no se pue­de des­co­no­cer la con­stan­te evo­lu­ción de la so­cie­dad que se re­fle­ja en los per­ma­nen­tes cam­bios nor­ma­ti­vos que im­po­nen al pro­fe­sio­nal el de­ber de es­tar ac­tu­a­li­za­do.

La obli­ga­ción de es­tar ac­tu­a­li­za­do, no es so­lo de la nor­ma ju­rí­di­ca vi­gen­te la cual por im­pe­rio le­gal se con­si­de­ra co­no­ci­da a par­tir de su pu­bli­ca­ción ofi­cial, tan­to para quién es le­tra­do como por el le­go, si­no tam­bién de la doc­tri­na ju­di­cial im­pe­ran­te en los tri­bu­na­les de la ju­ris­dic­ción don­de tie­ne ra­di­ca­ción la litis como, así tam­bién, del pen­sa­mien­to de los au­to­res que in­for­man el te­ma plan­te­a­do.

Este de­ber esen­cial del abo­ga­do fue ma­gis­tral­men­te sin­te­ti­za­do por Couture cuan­do ad­ver­tió que “el de­re­cho se trans­for­ma con­stan­te­men­te. Si no si­gues sus pa­sos, se­rás ca­da día un po­co me­nos abo­ga­do”¹⁷⁷”¹⁷⁸”.

Es de­cir, como de­scri­be Góme­z Pé­rez, “la pro­fe­sión de abo­ga­do exi­ge un buen co­no­ci­mien­to de la ley, de la ju­ris­dic­ción y de la prác­ti­ca de los tri­bu­na­les. Como las pre­ten­sio­nes en li­tigio sue­len ser du­do­sas (si no lo fue­ran no ha­bría plei­to, al me­nos en la ma­yo­ría de los ca­sos), es obli­ga­ción del abo­ga­do uti­li­zar to­dos los re­cu­r­so­es que le con­fiere ese co­no­ci­mien­to para de­fen­der a su clien­te. Aun­que al­gu­nos ejem­p­los po­drían pa­re­cer lo con­tra­rio, exis­te una gran di­fe­ren­cia en­tre el uso de me­dios ilí­ci­tos de de­fen­sa y las ha­bi­li­da­des, re­cu­r­so­es y téc­ni­cas de un abo­ga­do co­mpe­ten­te. Pro­ba­ble­men­te, la

177 Couture, Eduardo J., “Los mandamientos del abogado”, *Manuales jurídicos* N° 4, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, pág. 8.

178 Ossorio, Ángel, “El alma de la toga”, Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2004, pág. 326. Este autor enseña: “busca siempre la justicia por el camino de la sinceridad y sin otra arma que las de tu saber”.

parte contraria pensará con frecuencia que el abogado ajeno ha utilizado medios ilícitos para ganar el pleito. Pero esta opinión no tiene porque intranquilizar la conciencia del abogado si su actuación “astuta, hábil” se ha hecho dentro de los márgenes de la ley y de la moral¹⁷⁹”.

Como se percibe, el saber jurídico del abogado no es solo una presunción emergente de su título profesional, sino que el mismo adquiere su real dimensión al momento de ejercer la profesión, pues el Estado confía en la capacidad de los letrados para la adecuada defensa de los intereses de los ciudadanos, de allí su repercusión pública. El Estado ha depositado en los abogados su fe para la tutela efectiva del constitucional derecho de defensa de los ciudadanos.

En la relación abogado – cliente la trascendencia del saber jurídico del profesional es descripta por Couture cuando marcando que el derecho se aprende estudiando y se ejerce pensando, enseña que “el abogado recibe la confidencia profesional como un caso de angustia humana y lo transforma en una expresión tan lúcida como su pensamiento se lo permite. La idea de Sperl de que la demanda es el proyecto de sentencia que quisiera el actor, nos dice con gravedad elocuente que intensos procesos de la inteligencia deben desenvolverse para transformar la angustia en lógica y la pasión de los intereses en un sencillo esquema mental cuando el abogado ha cumplido a conciencia su trabajo, el juez recibe el caso, por así decirlo peptonizado. Normalmente su tarea, consiste en escoger una de las dos soluciones que se le proponen, o hallar una tercera con lo mejor de ambas. El abogado transforma la vida en lógica y el juez transforma la lógica en justicia¹⁸⁰”.

Es decir, en el ejercicio concreto de la profesión por el abogado, éste no es un mero traductor del problema de la vida real que le presenta su cliente a un libelo para ser expuesto como demanda ante los tribunales, por el contrario, su intervención es compleja pues debe

179 Gómez Pérez, Rafael, “Deontología Jurídica”, Colección Jurídica, Ediciones Universidad de Navarra S.A. – Pamplona, 1982, Tercera edición/1991, pág. 162.

180 Couture, Eduardo J., “Los mandamientos del abogado”, Manuales jurídicos N° 4, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, pág. 9.

analizar con óptica de especialista en el saber jurídico dicha realidad, evaluar los pro y las contras que se le puedan presentar en el caso de iniciar la litis, debe informar de ello a su cliente para que este dé un consentimiento informado para el inicio de la acción y no que la misma sea la decisión exclusiva del letrado.

Para llegar a ello, el profesional se debe mantener informado adecuadamente del pensamiento de la principal doctrina autoral que informa el tema como diligencia mínima e ineludible, pues no se exige la versación de un eximio jurista que conoce no solo el pensamiento de los juristas nacionales sino de los otros países, ni que sepa las tendencias por venir del derecho.

De igual modo, acontece con el conocimiento de la doctrina de los tribunales que debe ser sabida en sus tendencias generales. En este tema se advierte que la mayoría de los profesionales citan la jurisprudencia elaborada en otras jurisdicciones y desconocen el pensamiento de los magistrados de la jurisdicción donde se radicó la litis que, en definitiva, resolverán el asunto, lo cual constituye un equívoco que en algunos casos puede llegar a ser justificado cuando los poderes judiciales no publican como manda el vivir en una república y la norma positiva, todos y cada uno de los fallos emitidos principalmente por las Cortes Superiores y las Cámara de Apelaciones por la dificultad para conocer a los mismos.

En tiempos no muy remotos era impensado endilgar a un profesional de la abogacía, mala praxis por falencias en su saber jurídico o por desconocimiento de las soluciones dadas por la doctrina autoral o judicial, pues se ponía como punto de exculpación que su deber se restringía a la presentación y debida acreditación de los hechos en los cuales se fundaba la pretensión del cliente y que el derecho, en definitiva, era definido por la magistratura. Ello, se entendía de este modo porque se seguía el pensamiento de Hughes, el cual afirmaba que “la ley es lo que los jueces dicen que es.”¹⁸¹ ¹⁸²

181 Hughes Chief, “La constitución norteamericana y su actual significado”, (citado por Cornwin Bs. As. 1942). Borda, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil - Parte General”, t. I, p. 195, destaca de la interpretación judicial su carácter concreto y objetivo porque busca en la ley el sentido que más convenga al caso que deba

Sin embargo, debe tenerse en cuenta la importancia del asesoramiento extrajudicial del abogado, cuando acepta orientar al cliente en su problema y define la estrategia a seguir en el pleito. La experiencia indica que el primer encuadre que hace el abogado es cuando formula las interpelaciones previas, cuando requiere el cumplimiento de lo que entiende le asiste en razón jurídica a su cliente para reclamar de la otra parte.

Un mal asesoramiento inicial, implica una equivocada impetración de la demanda y, por cierto que el resultado final no será el esperado. En este caso, no se podría exculpar de responsabilidad al abogado por el error científico cometido que se refleja en el resolutorio de la sentencia dictada, porque ésta -en definitiva- es el resultado de la pretensión que fue definida por la parte con el asesoramiento del letrado.

Sobre esta situación se juzgó que *“el principio de congruencia regulado por el art. 168, inc. 6º del C.P.C. que impone como deber a los jueces dictar sentencia de conformidad a las pretensiones deducidas por las partes es operativo para la determinación de la prueba a producirse, con la diferencia fundamental de que el sentenciante al momento de meritar la procedencia o no de cada una de ellas realiza un juicio de valor vinculado única y objetivamente con los hechos invocados por las partes en sus presentaciones, pues recién al dictar el proloquio definitivo calificará las pretensiones conforme a la ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda”*¹⁸³.

juzgarse. Ello por cuanto es “... una interpretación influida por los hechos del caso, por los intereses en juego, por la justicia y la moral que resultan de la solución dada. De ahí, que muchas veces la doctrina y la jurisprudencia marchen por sendas distintas y sostengan soluciones divergentes. Cuando ello ocurre hay que presumir, casi siempre, que son los jueces los que han dado con la solución acertada...”.

182 Alferillo, Pascual E., “Interpretación de la norma y aplicación de las reglas supletorias en el proceso laboral de Santiago del Estero (ley 3603)”, LLNOA 2005 (agosto), 963.

183 Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, Sala Primera, 20/6/1997, N° 14.705 “P. de O. E. H. c/ B., A. M. – Daños y perjuicios - Sumario - I y II Cuerpo”, L. de A. T° 95 F° 90/93.

En otros fallos, específicamente, se evaluó la responsabilidad de los abogados por error en su saber técnico.

Así se dijo que *“cabe hacer lugar a la acción de daños y perjuicios incoada contra quien se desempeñó como letrado patrocinante en una demanda que fue rechazada al prosperar la excepción de falta de legitimación activa opuesta, pues el obrar del profesional demandado resultó negligente en la elección de la persona del actor, en tanto de la prueba acompañada se desprende que la demanda debió ser promovida por el representante de la sociedad que encomendó la obra que diera origen al litigio y no por el vicepresidente de aquella por derecho propio”¹⁸⁴*.

En el mismo fallo se precisó que *“si bien la decisión de demandar o no es exclusiva del cliente, incumbe al patrocinante 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”¹⁸⁵*. Por cuanto *“el letrado debe seleccionar los hechos, normas jurídicas aplicables y desarrollos argumentativos, por lo que no puede limitarse a reproducir las circunstancias fácticas que le fueran expuestas por su cliente sino que debe valorarlas a la luz de las instituciones jurídicas, para así escoger entre ellas los hechos sobre los cuales organizará la estrategia destinada a convencer a los jueces de la razón que asiste a su cliente”¹⁸⁶*.

En otro proceso se estimó que *“los abogados que promovieron una demanda por cobro de honorarios de un profesional, sin haber efectuado un juicio de valor previo acerca de la viabilidad de la pretensión en concordancia con las pruebas con las que contaban, resultan responsables por las costas devengadas al cliente por aquel frustrado proceso, independientemente de que el proceso haya finalizado prematuramente por caducidad de instancia, en tanto existe*

184 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, “Fainbarg, Jorge O. c. C., E. A.”, 13/12/2006, La Ley 28/03/2007 , 6, AR/JUR/9386/2006

185 Fallo ídem.

186 Fallo ídem.

*una relación causal entre el daño del accionante y la conducta culposa de los letrados*¹⁸⁷”.

La carencia de conocimiento jurídico, también, ha sido destacada como causa generadora de daño cuando se manifestó que *“debe atribuirse responsabilidad a los apoderados que desistieron la prueba pendiente y no mantuvieron ante la alzada el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia que rechazó una demanda de daños y perjuicios, aun cuando el demandado haya sido absuelto en sede penal -en el caso, por lesiones provocadas con un arma de fuego-, si lo fue por el beneficio de la duda, pues no puede atribuírsele autoridad de cosa juzgada en el proceso civil a la sentencia criminal, debiendo los mandatarios resarcir la pérdida de chance por un eventual pronunciamiento favorable a sus clientes*¹⁸⁸”.

Por su parte, en jurisdicción de la provincia de Mendoza, en una disidencia importante se estimó que *“la demanda para reclamar la indemnización por la muerte de un hijo debe ser elaborada en forma cuidadosa y responsable tratando de reflejar la verdadera situación en que quedaron los padres del menor y el real daño sufrido. La condena en costas a la parte actora por el rechazo en el reclamo del rubro lucro cesante, da lugar a la responsabilidad profesional del abogado que se aparta de los principios consagrados por la doctrina y la jurisprudencia, demostrando desconocimiento del derecho y temeridad del planteo. Se está en presencia de una responsabilidad contractual, donde el resarcimiento de los daños sólo comprende el que fuera consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación*¹⁸⁹”.

Para completar el tema es oportuno recordar que Mosset Iturraspe sostiene que “el abogado, en el ejercicio de su ministerio debe

187 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, “M., R. A. c. A., D. L. y otro”, 09/08/2005, La Ley 06/04/2006, AR/JUR/3995/2005.

188 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, 27/09/2001, “N.N.”, LLBA 2002, 102 - RCyS 2002, 410; AR/JUR/1831/2001.

189 Primera Cámara Civil, Primera Circunscripción Mendoza, expte. 33723 “Fernández, Gregorio y Ots. Luis Canizo y Manuel C. Videla - Ordinario”, 04/12/2000, Ubicación: LS158-212. (voto en disidencia: Dres. Viotti y Boulín).

poner en práctica todos sus conocimientos técnicos para lograr una sentencia favorable; lo cual significa que no basta con demandar, ofrecer prueba, alegar, etc.; que cada uno de esos pasos debe darse a partir de un saber científico actualizado¹⁹⁰”.

Por su parte, Trigo Represas, opina que “al letrado le corresponde la selección de los hechos, normas jurídicas aplicables y desarrollos argumentativos de cada caso a su cargo, por lo que no puede limitarse simplemente a reproducir lo que le fuera expuesto por su cliente, sino que debe aprehender y valorar tales circunstancias fácticas a la luz de las preceptivas e instituciones jurídicas, para así escoger, de entre todas ellas, los hechos en base a los cuales ‘constituirá’, ‘organizará’ el caso, preparará la prueba, desarrollará la teoría aplicable y elaborará la argumentación destinada a convencer a los jueces de la razón que asiste a su cliente¹⁹¹”.

En palabras de cierre, se puede aseverar que en el estado actual de la evolución de la doctrina autoral y judicial es factible atribuir al abogado responsabilidad cuando incurra en error científico en el asesoramiento de su cliente, pues la obtención del título habilitante no da saber eterno ni inmutable, sino por el contrario, el mismo debe estar en permanentemente actualizado para dar respuestas jurídicamente acertadas a los pedidos de los clientes.

Hasta este punto se analizó las deficiencias en el saber jurídico en que pueden incurrir los abogados en el ejercicio de su profesión, razón por la cual en los siguientes puntos se procurará analizar la negligencia en el accionar o en la procuración de los intereses del

190 Mosset Iturraspe, Jorge, “Responsabilidad del abogado”, La Ley 2006-B, 1-LLP 2006, 747-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 1073.

191 Trigo Represas, Félix A., “Falta de legitimación ad causam del actor y responsabilidad civil de su abogado”, La Ley 2007-B, 570 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 1077. El autor completa su pensamiento diciendo que “siendo por ello que se ha podido resolver que la responsabilidad del abogado puede nacer aun antes de que exponga en un escrito judicial los hechos que le indique su cliente, ya que primero debe examinar y apreciar su verosimilitud, como también la viabilidad, sobre la base de los mismos, de la acción a deducir; como que es igualmente responsable por la falta de claridad en la exposición de los hechos, aunque hubiese repetido lo que le manifestara su cliente, si de esa manera se facilitó el triunfo de la otra parte”.

cliente, dejando aclarado que cuando se examine el accionar profesional extrajudicial, en algunos casos, nos encontraremos frente a desidias que pueden ser calificadas como de accionar y también de conocimiento. Ello puede ser así pues acciona mal quien no conoce o ignora las soluciones jurídicas apropiadas.

3. Responsabilidad por su actuación extrajudicial.

En la parte introductoria se describió que la responsabilidad profesional del abogado podía verificarse antes de iniciarse un juicio que denominamos actuación extrajudicial, como también la que se produce en el trámite de un proceso judicial.

En este apartado observaremos las hipótesis que se han verificado de responsabilidad sin que se haya iniciado o tramitado proceso judicial.

3.1. Responsabilidad por mal asesoramiento.

Como se ponderó en los apartados iniciales el asesoramiento del abogado, normalmente, se produce antes de iniciarse la acción en tribunales, razón por la cual la hemos colocado en esta etapa previa. Sin embargo se debe acordar que la repercusión de un mal asesoramiento no se agota allí, sino que sus efectos se hacen evidentes, cuando una sentencia los marca al desestimar la pretensión.

Advertido ello, se ha sostenido que *“para la apreciación de la responsabilidad profesional en tareas extrajudiciales, se aplican los mismos principios correspondientes al desempeño jurisdiccional. Por lo tanto, una opinión o consejo dado al cliente en desacuerdo con la doctrina, la ley o la jurisprudencia, es susceptible de generar la obligación de reparar el daño ocasionado. Ello es así, por cuanto el profesional no cumplió con su deber de diligencia y prudencia, acorde a sus aptitudes y mérito profesional, por lo que éste deberá responder por el erróneo o deficiente encuadre jurídico de la situación que le tocó resolver¹⁹²”*.

192 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 13/03/1996, “R., H. D. c. C., D. A.”, La Ley 1997-F, 938, AR/JUR/3062/1996.

Por eso *“la responsabilidad del abogado puede nacer aun antes de que exponga en un escrito judicial los hechos que le indique su cliente, ya que primero debe examinar 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”¹⁹³*.

Este criterio se aplicó para considerar que *“sin perjuicio de la responsabilidad civil atribuible al letrado patrocinante al haberse frustrado definitivamente toda posibilidad de cobro del crédito laboral reclamado por su cliente debido a la caducidad de instancia operada en el incidente de pronto pago, aquél también debe responder por la impericia evidenciada al aconsejarle dicha vía, la cual no podía haber prosperado porque la empresa concursada había negado la existencia del vínculo laboral y la acreencia no figuraba en sus libros legales y contables, por lo que la única alternativa lógica era intentar la verificación tardía, lo cual no se hizo, habiendo operado la prescripción del crédito, máxime si el abogado ni siquiera contes-
tó el acuse de caducidad y consintió la resolución que, de este modo, dio por terminado el proceso y no apeló los honorarios regulados”¹⁹⁴*.

La opinión, de igual modo, quedó plasmada cuando se ponderó que *“configura una negligencia profesional la incurrida por el abogado que, habiendo concurrido a una audiencia de mediación junto a su cliente, no acreditó haberle aconsejado abstenerse de desistir de la acción respecto de una persona que finalmente fue considerada única responsable del hecho en otro proceso seguido por otro damnificado, razón por la cual deberá asumir la responsabilidad derivada de su accionar”¹⁹⁵*.

193 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”, LLGran Cuyo 2006 (diciembre), 1432, AR/JUR/5160/2006.

194 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 15/06/2007, “A., M. A. c. F., J. E.”, DJ 2007-III, 1202, AR/JUR/4020/2007.

195 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 17/02/2011, “Abelenda, Diego Alberto c. Mermelstein, Feliciano y otro”, La Ley 05/05/2011, 05/05/2011, 6, AR/JUR/1759/2011.

También, cuando se juzgó que *“corresponde hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios iniciada contra un abogado que actuó negligentemente al no solicitar las medidas necesarias a los fines de evitar las consecuencias de la inflación sobre las retenciones que, en concepto de embargo, se le efectuaron a su cliente -en el caso, durante y luego de la inflación de 1988 lo retenido se convirtió en centavos- pues existe vinculación causal adecuada entre el proceder del profesional y el perjuicio sufrido por el damnificado¹⁹⁶”*.

En este último caso resulta evidente que la negligencia en el accionar profesional se debe a un desconocimiento de las consecuencias de un proceso económico inflacionario sobre las sumas de dinero que permanecen estáticas o depositadas, pues de otro modo, debió adoptar o al menos peticionar alguna medida tendiente a preservar la integridad del capital.

3.2. Responsabilidad por no iniciar la demanda

En cuanto a la hipótesis de responsabilidad del abogado por no iniciar la demanda, también ha tenido tratamiento por la doctrina judicial.

Al respecto se apreció que *“la responsabilidad del abogado que omitió iniciar un juicio laboral que le había sido encomendado, es de orden contractual pues, el resarcimiento por pérdida de la chance reclamado deriva del incumplimiento de las obligaciones contractualmente asumidas por el letrado demandado¹⁹⁷”*.

Por ello, *“es procedente la demanda de daños y perjuicios entablada contra el abogado que contando con un poder para la promoción de un juicio -en el caso, cobro de arrendamientos adeudados al mandante-, nada hizo al respecto durante varios años, sin que la falta de dinero para abonar los gastos del juicio sea óbice para ello en tanto podía iniciar la demanda y con el decreto del tribunal noti-*

196 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 5a Nominación de Córdoba, 06/11/2003, “Bermúdez, Alejandro V. s/ suc. c. B., A. M.”, DJ 2004-2, 782 - LLC 2004 (mayo), 427, AR/JUR/5080/2003

197 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 24/06/2008, “Z. L., A. M. c. P., S. M.”, La Ley Online; AR/JUR/5238/2008

ficar a su cliente la necesidad de pagar los aportes para proseguir con el trámite encomendado¹⁹⁸”.

De igual modo, se trató el tema cuando pormenorizadamente se consideró que *“las presunciones legales, por su cantidad y concordancia, muestran la existencia del poder, con el cual el abogado debía iniciar el cobro de arrendamientos que se le encomendara y para lo cual contaba con el contrato de arrendamiento y la intimación efectuada por el poderdante mediante carta documento. La falta del dinero necesario para los gastos iniciales del juicio no era un óbice para ello, porque el art. 22, C. de P.C. vigente a la sazón, disponía textualmente: “Los Tribunales no podrán rechazar ni dejar de proveer los escritos por falta de reposición de las tasas judiciales, pero deberán emplazar a la parte interesada para que las repongan en un plazo no mayor de cuarenta y ocho horas...”*. Que iniciando la demanda, aún en esas condiciones (sin el pago de aforo y aportes), el letrado obtenía dos importantes consecuencias: a) interrumpía la prescripción de la acción, conforme se ha resuelto en forma reiterada y unánime y b) con el decreto del tribunal podía notificar a su cliente la necesidad del pago de los aportes para proseguir con el trámite que se le encomendara y obviamente evitaba tener que responder posteriormente por las consecuencias de no cumplir con el emplazamiento. Evidentemente, es mucho más trascendente la inactividad del apoderado, que no accionó conforme se le había encomendado, que la del cliente, que en tal circunstancia y confiado en que su mandatario procedería conforme a derecho, pudo desentenderse del control de su actuación¹⁹⁹”.

Este fallo señala el buen camino que debe recorrer el accionar de un diligente profesional para no incurrir en incumplimiento de

198 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 7a Nominación de Córdoba, 27/05/2004, “Patiño Porcel de Peralta Eduardo c. Calvo Francisco Javier - Ordinario - Cobro de Pesos”, Sentencia 75, 27/05/2004; LLC 2004 (setiembre), 861, AR/JUR/1669/2004. En el fallo también se dijo que *“debe resarcir el daño causado, el abogado cuya falta de actuación en tiempo oportuno, frustró la chance del cliente de percibir un crédito -en el caso, por arrendamientos-, ya que no inició la demanda para la cual le había sido otorgado un poder”*

199 Fallo ídem.

sus deberes, pues es criterio que el sellado judicial es un requisito extrínseco de admisibilidad de la demanda, razón por la cual la jurisdicción no puede rechazar su presentación formal sino puede adoptar dos caminos alternativos: uno no prestar el servicio de justicia hasta el pago del sellado o prestar el mismo y ejecutar el cobro posteriormente, conforme sea regulado en los códigos tributarios.

Ello pone en evidencia que el profesional no puede justificar la no presentación de la demanda en la falta de dinero para el sellado judicial aportado por su cliente, sino que se le exige diligencias activas para poner al descubierto que le informó al mismo la situación y que este no cumplió. Siempre se debe recordar, para no equivocarse, que el cliente, se presume, es el neófito en temas judiciales y el conocedor por profesión, es el abogado por lo cual se le exige un plus de diligencia a éste en cuanto a la información que debe brindar al cliente.

3.3. Responsabilidad por iniciar una demandada estando prescripta.

La no iniciación de la demanda puede que sea remediable si la acción sustantiva no ha prescripto, en cuyo caso la negligencia profesional tendrá consecuencias mayores dado que no se podrá intentar la misma con éxito nuevamente.

Este accionar negligente ha sido ya examinado cuando se dijo que *“la sola circunstancia de que los letrados demandados hayan admitido haber iniciado un proceso estando vencido el plazo de prescripción los hace incurrir en responsabilidad profesional, pues debieron abstenerse de hacerlo por el riesgo cierto que corrían de que les opusieran la defensa respectiva o bien obtener algún documento mediante el cual el cliente manifestara estar informado de esa circunstancia y, pese a ello, insistir con la promoción de la acción”²⁰⁰*.

De igual modo *“debe atribuirse responsabilidad al abogado que obtuvo de su cliente el apoderamiento necesario para representarlo*

200 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 17/02/2011, “Abelenda, Diego Alberto c. Mermelstein, Feliciano y otro”, La Ley 05/05/2011, 05/05/2011, 6, AR/JUR/1759/2011.

en un proceso judicial -en el caso, un juicio laboral por despido arbitrario-, si permaneció inactivo durante un lapso suficientemente prolongado como para que prescribiera la acción que se intentaba ejercer²⁰¹”. O cuando, “no cumple con sus obligaciones el mandatario que habiendo recibido un documento para iniciar una acción judicial deja transcurrir el plazo de prescripción sin hacerlo²⁰²”.

Asimismo es responsable el abogado por “haber dejado transcurrir el plazo de prescripción sin otra razón mas que la esperanza en una interpretación respecto del curso de la misma, basada en un plenario anterior a la ley vigente, constituye una notoria negligencia por parte de los abogados que representaban a la actora -en el caso, en un juicio laboral- que lleva a responsabilizarlos por los daños ocasionados al declararse dicha prescripción²⁰³”.

4. Responsabilidad por su actuación negligente en juicio.

Para una correcta dilucidación del alcance del deber de diligencia que asume el abogado cuando acepta atender el problema jurídico de su cliente y llevarlo ante los tribunales reclamando un pronunciamiento favorable, resulta ineludible conocer si el mismo actúa como patrocinante o mandatario.

En ese sentido, se debe saber, en primer lugar, cual es el contenido de la norma adjetiva que regla la participación de los profesionales de la abogacía en juicio. Luego, conocer en forma diferenciada, cual es el alcance de la responsabilidad determinada por la doctrina de los autores y judicial conforme sea la actuación del abogado.

Finalmente se analizarán algunas hipótesis concretas de responsabilidad de los abogados por su actuación negligente en los procesos judiciales.

201 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 06/07/2000, “M., A. L. c. B., N. O.”, La Ley 2003-F, 745.

202 Cám. Civ. y Com. de 7ª Nom. de Córdoba, “Patiño Porcel de Peralta Eduardo c. Calvo Francisco Javier - Ordinario - Cobro de Pesos”, Sentencia 75, 27/05/2004.

203 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 30/03/2005, “Ariza, Beatriz A. c. M. de T., P. N. y otro2, DJ 2005-2, 339 - La Ley 08/06/2005, 10 - La Ley 2005-C, 721, AR/JUR/296/2005.

4.1. La participación en juicio de los abogados conforme la ley adjetiva.

Con relación a la representación procesal de la parte, el Código Procesal vigente de la provincia de San Juan, Ley 8037, en su art. 50 regla que “los procuradores o apoderados acreditarán su personalidad desde la primera gestión que hagan en nombre de sus poderdantes, con la pertinente escritura de poder”.

Pero, es en el art. 52 donde se detallan los efectos de la presentación del poder y admisión de la personería, al estatuir que “presentado el poder y admitida su personería, el apoderado asume todas las responsabilidades que las leyes le imponen y sus actos obligan al poderdante como si él personalmente los practicare”.

A partir de ello, el art. 53 determina que “el apoderado estará obligado a seguir el juicio mientras no haya cesado legalmente en el cargo. Hasta entonces las citaciones y notificaciones que se hagan, incluso las de las sentencias definitivas, tendrán la misma fuerza que si se hicieren al poderdante, sin que le sea permitido pedir que se entiendan con éste. Exceptúanse los actos que por disposición de la ley deben ser notificados personalmente a la parte”.

Por su parte, en el art. 54 se establece que “el poder conferido para un pleito determinado, cualesquiera sean sus términos, comprende la facultad de interponer los recursos legales y seguir todas las instancias del pleito. También comprende la facultad de intervenir en los incidentes y de ejercitar todos los actos que ocurran durante la secuela de la litis, excepto aquéllos para los cuales la ley requiera facultad especial, o se hubiesen reservado expresamente en el poder”.

En cambio, en el art. 45 se impone el patrocinio obligatorio cuando se actúa por derecho propio al reglar que “toda persona, salvo los casos de representación legal, puede comparecer en juicio por derecho propio siempre que actúe con patrocinio letrado, si no prefiere hacerse representar por abogado o procurador de la matrícula, conforme a las leyes del mandato”.

La misma exigencia es impuesta para cuando se actúa por procurador, dado que el art. 47 ordena que “es obligatoria la firma de

letrado en los escritos de demanda, reconvencción, oposición de excepciones y sus contestaciones, oposición en procesos monitorios o sus contestaciones, ofrecimientos de prueba, alegatos, expresiones de agravios, memoriales, pliego de posiciones, interrogatorios, aquellos en que se promuevan incidentes y, general, en los que se sustancie o controvierta derecho ya sea de jurisdicción voluntaria o contenciosa. La intervención de la parte o procurador en las audiencias requerirá la asistencia de letrado patrocinante”.

Otro de los modos de actuación de los abogados en juicio es cuando actúan como defensores de los imputados penalmente, conforme es regulado por el art. 133 de Código Procesal Penal de San Juan Ley 7398, donde se establece que “el imputado tendrá derecho a hacerse defender por abogados de su confianza o por el Defensor Oficial, lo que se le hará saber por la autoridad policial o judicial que intervenga en la primera oportunidad. Podrá también defenderse personalmente, siempre que ello no perjudique la eficacia de la defensa y no obste a la normal sustanciación del proceso²⁰⁴”.

El cargo de defensor del imputado, una vez aceptado, es obligatorio, de acuerdo a lo establecido por el art. 135. La aceptación será obligatoria para el abogado de la matrícula cuando se lo nombrare de oficio en sustitución del Defensor Oficial. En ambos supuestos, podrán exceptuarse de ella por una razón atendible.

En el art. 141 se fija como deber profesional que en ningún caso el defensor del imputado, podrá abandonar la defensa y dejar a su cliente sin asistencia letrada. Si así lo hiciere se proveerá a su inme-

204 El artículo se completa: “Si el imputado estuviere privado de su libertad, cualquier persona que tenga con él relación de parentesco o amistad podrá presentarse ante la autoridad policial o judicial que corresponda, proponiéndole un defensor. En tal caso se hará comparecer al imputado de inmediato ante el órgano judicial competente, a los fines de la ratificación de la propuesta. En ningún caso el imputado podrá ser representado por apoderado. La designación del defensor hecha por el imputado importará, salvo manifestación expresa en contrario, el otorgamiento de mandato para representarlo en la acción civil. El imputado podrá designar defensor aun estando incomunicado y por cualquier medio”.

diata sustitución por el Defensor Oficial y no podrá ser nombrado de nuevo en la misma causa.²⁰⁵

El incumplimiento injustificado de las obligaciones por parte de los defensores de los imputados, conforme regla el art. 142, podrá ser sancionado con multa de hasta diez (10) veces el salario mínimo del escalafón judicial, además de la separación de la causa. El abandono constituye falta grave y obliga al que incurre en él a pagar las costas de la sustitución, sin perjuicio de las otras sanciones. Estas serán apelables. Al quedar firmes serán comunicadas al Tribunal de Disciplina del Foro de Abogados.²⁰⁶

En la provincia de Mendoza, como se detallara in extenso en la primera parte de este estudio, se trata el tema en el art. 29 del Código Procesal Civil de la provincia (Ley 2.269, 29/10/1953, B.O.9/12/1953 – Nº arts. 0435)²⁰⁷ donde se reglamenta la representación procesal exigiéndose la presentación de los instrumentos necesarios para acreditar la personería del profesional actuante.

Por su parte, el art. 30 impone que el representante tiene los mismos deberes y facultades procesales de su representado y se le impone el deber de cumplir con todas las etapas del trámite, incluyendo el deber de interponer los recursos pertinentes bajo su responsabilidad.

El art. 33 reglamenta el patrocinio letrado facultativo y obligatorio.

Finalmente, el art. 34 estatuye cuales son los deberes y facultades de los abogados.

205 El artículo se completa: Cuando el abandono ocurriere poco antes o durante el debate, el nuevo defensor podrá solicitar una prórroga máxima de tres (3) días para la audiencia. El debate no se podrá volver a suspender por la misma causa, aun cuando el Tribunal conceda la intervención de otro defensor particular, lo que no excluirá la del oficial. El abandono o la inactividad de los mandatarios de las partes civiles no suspenderá el proceso.

206 Art. 143º. Renuncia. El defensor del imputado podrá renunciar al ejercicio de la defensa. En este caso el Tribunal deberá proveer de inmediato a su sustitución haciéndole conocer de ello al imputado. La renuncia no se considerará operada hasta que el designado acepte el cargo y fije domicilio.

207 Ley general vigente con modificaciones. Texto ordenado al 13/02/2009. Ver además Ley 7494 sobre necesidad de reforma y además Ley 7855 sobre notificaciones digitales, art. 5.

Del mismo tenor son las normas orgánicas y adjetivas de la provincia de San Luis, cuyo contenido fuere transcripto en la primera parte, en particular los arts. 49, 50, 51, 52, 56, sig. y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial, Ley N° VI-0150-2004 (5606) y sus modificatorias.

4.2. La participación como patrocinante.

La participación de los abogados en juicio como patrocinante de sus clientes, como se puede evaluar tiene un tratamiento diferencial, a la realizada como apoderado.

Teniendo en consideración este criterio se sostiene, en general, que *“habida cuenta de que el abogado patrocinante posee una obligación de medios, que exige poner de su parte todo su conocimiento, diligencia y prudencia, para generar su responsabilidad civil con su actuación, además del resultado adverso, debe demostrarse que ello sucedió por culpa negligencia impericia o desidia²⁰⁸”*.

Mas específicamente se estableció que *“la misión del abogado no sólo consiste en preparar escritos que necesariamente deben contar con su patrocinio, desentendiéndose de lo demás, sino en el ejercicio pleno de la dirección del juicio y en el cabal cumplimiento de las obligaciones que ello comporta, naciendo su responsabilidad antes de que exponga en aquéllos los hechos que le indica su cliente o mandante, pues se halla obligado a apreciar su verosimilitud tanto como la viabilidad de la pretensión²⁰⁹”*.

O, que *“si bien en principio, puede sostenerse que el profesional que presta sus servicios letrados no se responsabiliza de las afirmaciones de éste en el escrito en que lo patrocina, en determinadas circunstancias, cuando los hechos alegados son fácilmente comprobables y la naturaleza del juicio permite suponer la existencia de un interés en invocar falsamente como medio dilatorio u obstruccionista el profesional se halla obligado a averiguar sobre la veracidad de*

208 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 15/06/2007, “A., M. A. c. F., J. E.”, DJ 2007-III, 1202

209 Cámara del Trabajo de San Francisco, 27/03/1979, “Burgos, Luis A. c. Fundación Corradi, S. R. L.”, AR/JUR/6304/1979

aquellos o al menos dejar sentado que suscribe el escrito bajo responsabilidad exclusiva del cliente²¹⁰”.

Por lo expuesto que será ampliado mas adelante en cada hipótesis de incumplimiento, se definió que *“la circunstancia de que el letrado no contara con poder suficiente para actuar por sus representados, no lo libera de la responsabilidad que como simple patrocinante le cabe²¹¹”.*

4.3. La participación como apoderado.

En primer lugar corresponde precisar, de un modo genérico, “si el abogado fue nombrado apoderado para cuidar los intereses del mandante, su obligación se encuentra sujeta a las reglas del mandato -en el caso, se hizo lugar a una demanda por daños y perjuicios al considerar que no había actuado con la diligencia suficiente para evitar que los montos embargados a su cliente no sufrieran los avatares de la inflación- y sólo queda exento de responsabilidad, se cumpla o no el resultado, si obró empleando todos sus conocimientos, aptitud y diligencia, es decir, poniendo de su parte todos los medios idóneos y aptos en procura de aquella finalidad²¹²”.

Con criterio similar se explicó que *“habiéndose celebrado un contrato de mandato entre el abogado y sus clientes y dado que el perjuicio invocado se produjo como consecuencia de la inejecución de tal contrato -en el caso, se declaró la caducidad de la instancia en el juicio en el que los representó y la acción prescribió- y no por circunstancias ajenas al mismo, resulta indudable que la responsabilidad del letrado es contractual²¹³”.*

También que *“la responsabilidad del abogado en relación con su cliente es siempre de orden contractual, y en el caso en que actúa*

210 Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial, sala IV, 31/08/1979, “Braum, Aron c. Torres, Américo J.”, AR/JUR/3190/1979.

211 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

212 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 5a Nominación de Córdoba, 06/11/2003, “Bermúdez, Alejandro V. s/ suc. c. B., A. M.”, DJ 2004-2, 782 - LLC 2004 (mayo), 427, AR/JUR/5080/2003

213 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 28/09/2004, “Milla, José L. c. L., C. A.”, RCyS 2005, 718 - TySS 2005, 256, AR/JUR/4221/2004

como apoderado, sus obligaciones se rigen por las reglas del mandato y por las normas respectivas de la ley 10.996 de ejercicio de la procuración ante los tribunales nacionales (Adla, 1889-1919, 1100), si se trata, como en este caso, de procesos ventilados ante dicha jurisdicción²¹⁴”.

Es por las obligaciones que asume el abogado apoderado como mandante que el saber de los tribunales definió que *“corresponde responsabilizar a los letrados demandados por los daños derivados del rechazo de la acción laboral en la que actuaron como apoderados del actor como consecuencia de no haberse acreditado la incapacidad laboral, pues constituye una obligación principal de todo letrado efectuar las presentaciones y trámites que correspondan a fin de llevar el litigio que se le ha encomendado hacia su última instancia y su inactividad llevó a que transcurrieran más de seis meses sin darle impulso al proceso y que se tuvieran por desistidas las prueba pericial médica y testimonial, sin que ello fuera objeto de recurso alguno, lo que evidencia un abandono total de sus tareas del cual no pueden excusarse alegando una falta de colaboración o contacto con su cliente²¹⁵”.*

O cuando se preciso que *“debe resarcir el daño causado, el abogado cuya falta de actuación en tiempo oportuno, frustró la chance del cliente de percibir un crédito -en el caso, por arrendamientos-, ya que no inició la demanda para la cual le había sido otorgado un poder²¹⁶”.*

La Corte Federal cuando trató específicamente el tema definió que *“la circunstancia de que sólo haya participado en la primera etapa del juicio no puede constituir sustento válido para justificar la desvinculación del abogado del seguimiento del pleito y su accionar posterior, ya que si el interesado quería desentenderse*

214 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 27/07/1976, “Bachella, S. A., Pedro c. P., M. E.”, AR/JUR/293/1976.

215 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 29/11/2004, “Battagliese, Juan E. c. Etcheverry, Juan C. y otro”, La Ley Online; AR/JUR/5469/2004.

216 “Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 7a Nominación de Córdoba, 27/05/2004, “P. P. de P. E. c. C., F. J.”, LLC 2004 (setiembre), 861, AR/JUR/1669/2004.

de responsabilidad por la tarea que se le había encargado, debió haber renunciado al mandato o haber invocado alguna de las causales de cesación de la representación otorgada (art. 1904 del Código Civil), de modo que al no haberse configurado ninguna de esas hipótesis, frente a los términos del art. 1922 del código citado, no existe razón valedera que permita liberarlo de las consecuencias que su accionar causó a su cliente²¹⁷”.

Esta doctrina expuesta por los tribunales pone, en evidencia el tratamiento diferencial que se da a los abogados conforme sea su actuación como patrocinante o apoderado, distinción que es una consecuencia lógica de los mayores deberes profesionales que asume cuando se le confiere poder para actuar por su cliente en juicio.

En los párrafos siguientes se tendrá en cuenta esta diferencia en cada una de las hipótesis particulares donde se ha imputado responsabilidad civil a los abogados por el incumplimiento de los deberes asumidos.

4.4. Responsabilidad diferenciada para la actuación conjunta como apoderado respecto del patrocinante.

La actuación conjunta de más de un abogado en la defensa de los intereses de los clientes, sea como apoderado o patrocinante ha generado el dictado de varios fallos en los cuales se trató de dirimir el alcance de la responsabilidad de cada uno de ellos.

En ese sentido, se presenta como una primera hipótesis para ser tratada, cuando un abogado actúa como apoderado y, otro, como patrocinante.

Sobre el particular se expuso que *“la dirección del proceso es privativa del patrocinante, que en su condición de letrado indica las tácticas a seguir y dispone cuáles son los argumentos de hecho o de derecho en que se va a fundar la defensa de los intereses encomendados, correspondiendo al apoderado asumir la representación de su principal, interponer los recursos que correspondieran y vigilar*

217 CSJN, P. 509. XXXVII.; “Palka, Ernesto c/ Paredes, Rodolfo Omar y otro”, 09/03/2004, T. 327, P. 381, L.L. 09-08-04, nro. 107.882. (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Augusto César Belluscio).

el desarrollo del proceso, respetando en el cumplimiento de su gestión las directivas que emanan del abogado patrocinante. Esta subordinación que en el aspecto jurídico debe el apoderado a su patrocinante, lo exime de responsabilidad al seguir el consejo dado por el asesor, puesto que carece de atribuciones para obrar de otra manera, dada la obligación, de hacerse patrocinar por un letrado²¹⁸.

Como consecuencia de ello, se juzgó que “el profesional que actuó como apoderado y suscribió junto con el letrado patrocinante, la demanda que motiva la acción por mala praxis -en el caso, fundaron en normas de derecho común la acción resarcitoria de los daños sufridos por el cliente al lesionarse en su lugar de trabajo cuando cayó al piso por padecer presión arterial-, es responsable por el asesoramiento profesional erróneo, ya que si bien el abogado que actúa como mandatario judicial está obligado a una prestación de resultado sólo en cuanto a los actos procesales que debe cumplir específicamente, pesa sobre aquél una evidente responsabilidad en lo que atañe a la dirección jurídica del litigio²¹⁹”.

4.5. Delimitación de las responsabilidades en la actuación conjunta.

En esta hipótesis, el trabajo de los abogados es realizado en forma conjunta, actuando simultáneamente como patrocinante o como mandatarios.

Al respecto se sostuvo que “*corresponde responsabilizar a los abogados codemandados por la caducidad de instancia producida en la causa en la que patrocinaban al actor, pues, si bien sostuvieron que ello se debió a la falta de firma de su patrocinado, ello no puede justificar el abandono del proceso en desmedro de su cliente, dado que si no podían cumplir con su deber profesional en razón de la supuesta falta de colaboración de aquél, un actuar diligente les im-*

218 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 25/02/1986, “Argañaraz, Teodoro B. c. Massolini, Humberto”, La Ley 1986-D, 649

219 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 26/08/2005, “Veliz, Sofía Delia c. C., P. B. y otros”, RCyS 2006, 867; CNCiv., sala F, “Marino, Claudio A. c. O., R. M.”, 2006/04/18, La Ley Online.

*ponía tratar de resguardar su propia responsabilidad, renunciando por escrito en el expediente o con su comunicación fehaciente al actor para que éste asumiera su defensa por medio de otro profesional en tiempo oportuno*²²⁰”.

El punto de interés se marca cuando alguno de ello, no actúa directamente en el proceso pero figura en el mandato. En ese sentido, el tribunal Superior de Santiago del Estero entendió que *“resulta improcedente establecer la responsabilidad solidaria de los letrados codemandados que actuaron como apoderados a favor del cliente, con fundamento en la existencia de una sociedad irregular o de hecho entre los mismos, dado que la actuación de varios abogados en un mismo staff o estudio jurídico, por ese sólo hecho y por compartir el otorgamiento del poder para iniciar pleito, no genera de por sí la naturaleza jurídica de dicho instituto societario*²²¹”.

Por el contrario, la Sala B de la Cámara Nacional en lo Civil, dictaminó que *“la liberación de la obligación de pago efectuada por el cliente respecto de uno de los dos letrados que lo representaban en forma conjunta y retuvieron una suma de dinero que le correspondía -en el caso, por la indemnización que una aseguradora les abonó en concepto de resarcimiento por la muerte de la hija de su patrocinado en un accidente de tránsito-, determina que aquél no liberado del pago, por tratarse de una obligación solidaria, sólo deba abonar el 50% de la condena total conforme el art. 689 del Cód. Civil*²²²”.

Para la resolución de las distintas alternativas que se le pueden presentar al juzgado que tiene el deber de dirimir la responsabilidad por la actuación de varios abogados por el mismo cliente, son de aplicación las normas contenidas en los arts. 1899 a 1903 del Código Civil de Vélez Sársfield.

220 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 03/07/2006, “Pugliese, Miguel A. c. C., J. R. y otro”, AR/JUR/4354/2006.

221 Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, 03/09/2008, “Molina, Carlos c. M., E. y otros”, LLNOA 2009 (febrero), 60, AR/JUR/17306/2008.

222 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 11/07/2003, “Esteves, Carlos M. c. S., R.”, La Ley 2004-A, 379, AR/JUR/2722/2003

En ese sentido se ha establecido, en el art. 1899, que cuando el mismo instrumento se hubiesen nombrado dos o más mandatarios, entiéndese que el nombramiento fue hecho para ser aceptado por uno solo de los nombrados, con las excepciones siguientes: 1. Cuando hubieren sido nombrados para que funcionen todos o algunos de ellos conjuntamente; 2. Cuando hubieren sido nombrados para funcionar todos o algunos de ellos separadamente, o cuando el mandante hubiere dividido la gestión entre ellos, o los hubiese facultado para dividirla entre sí; 3. Cuando han sido nombrados para funcionar uno de ellos, en falta del otro y otros.

Así, conforme el art. 1900, cuando han sido nombrados para funcionar todos, o algunos de ellos conjuntamente, no podrá el mandato ser aceptado separadamente.

Pero, de acuerdo al siguiente artículo, cuando han sido nombrados para funcionar uno en falta de otro o de otros, el nombrado en segundo lugar no podrá aceptar al mandato, sino en falta del nombrado en primer lugar, y así en adelante. La falta tendrá lugar cuando cualquiera de los nombrados no pudiese o no quisiese aceptar el mandato, o aceptado no pudiese servirlo por cualquier motivo²²³.

Como se colige de la normativa transcrita, la extensión de la responsabilidad cuando actúan varios profesionales depende del contenido de mandato conferido donde se define el modo de actuación de los abogados.

La solución que propone la Comisión reformadora del Código Civil y Comercial, Dec. 191/11, tiene similares características, cuando en el art. 1326 marca que “si el mandato se confiere a varias personas sin estipular expresamente la forma o el orden de su actuación, se entiende que pueden desempeñarse conjunta o separadamente”.

A partir de ello, en el artículo siguiente se indica que “el mandatario puede sustituir en otra persona la ejecución del mandato y es

223 Art. 1.902 C.C. Entiéndese que fueron nombrados para funcionar uno a falta de otro, cuando el mandante hubiere hecho el nombramiento en orden numérico, o llamado primero al uno y en segundo lugar al otro. Art. 1.903 C.C. Aceptado el mandato por uno de los nombrados, su renuncia, fallecimiento o incapacidad sobreviniente, dará derecho a cada uno de los otros nombrados para aceptarlo según el orden de su nombramiento.

responsable de la elección del sustituto, excepto cuando lo haga por indicación del mandante. En caso de sustitución, el mandante tiene la acción directa contra el sustituto prevista en los artículos 736 y siguientes, pero no está obligado a pagarle retribución si la sustitución no era necesaria. El mandatario responde directamente por la actuación del sustituto cuando no fue autorizado a sustituir, o cuando la sustitución era innecesaria para la ejecución del mandato”.

5. Análisis de casos.

En esta parte de la investigación se efectuará el análisis, teniendo como punto de partida el tipo de incumplimiento en el trámite del proceso judicial, en el cual incurrió el abogado conforme a la diligencia profesional debida.

En esa labor y con propósito de formular una correcta apreciación del daño, corresponde tener presente el modo de actuación del profesional. Es decir, si actuaba como mandatario con poder para juicio otorgado por su cliente o, simplemente, patrocinaba las presentaciones del mismo.

5.1. Inexactitudes presentadas en juicio

La presentación en juicio del abogado, en cualquiera de sus modalidades, normalmente a través de la impetración de la demanda, contestando la misma o ejerciendo la defensa penal, se describe la base fáctica sobre la cual se construye la pretensión y, en simultáneo, se define el encuadre normativo para canalizar la acción o las excepciones.

En esa labor, la colaboración del cliente con el abogado resulta relevante toda vez que es él quién conoce en sus mínimos detalles como acontecieron los hechos que generan el conflicto de intereses.

Por cierto que en la presentación se pueden deslizar inexactitudes o errores, causados de modo intencional o no, con la complicidad letrada o no, etc. Estas alternativas que se pueden presentar resultan relevantes a la hora de juzgar si hubo o no incumplimiento de los deberes profesionales por los abogados actuantes. En ese sentido, de la lectura de la doctrina podemos ver dos líneas de tratamiento del tema que se diferencian por la métrica empleada para medir la diligencia debida por el profesional.

En una interpretación restringida se indicó que *“no puede llevarse la responsabilidad del abogado al límite extremo de hacerlo responsable de toda inexactitud de su patrocinado, pues aquél tampoco puede convertirse en un investigador de los hechos que se le narran y que no son generalmente de su conocimiento personal”*²²⁴.

Con la misma formula se precisó que *la responsabilidad del abogado no puede llevarse al límite extremo de hacerlo cargar con toda falta de veracidad en los planteos de su patrocinado -en el caso, se rechaza la demanda contra el letrado patrocinante que opuso una excepción de falsedad de firma de cheques que efectivamente habían sido suscriptos por su cliente-, pues no puede exigírsele que se transforme en un investigador exhaustivo de los hechos que aquél le narra y que, generalmente, no son de su conocimiento personal*²²⁵”

Por ello se resolvió que *“es improcedente la demanda de daños y perjuicios que iniciaron dos letradas contra el abogado que patrocinó a sus ex clientes en la denuncia calumniosa que iniciaron contra ellas en sede penal y en el Colegio de Abogados —en el caso, les imputaron haber falsificado firmas en un juicio de desalojo y no haber iniciado un juicio ejecutivo por cobro de alquileres—, pues, no puede llevarse la responsabilidad del profesional al límite extremo de hacerlo responsable de toda inexactitud de su patrocinado, dado que aquél no puede convertirse en un investigador de los hechos que se le narran y que no son generalmente de su conocimiento personal”*²²⁶.

5.2. Responsabilidad por caducidad de la instancia judicial.

Los código procesales para evitar la paralización de los procesos *sine die*, han previsto en su normativa, la denominada caducidad o perención de la instancia, cuando el accionante no insta el proceso, en un determinado plazo, para lograr el propósito final que es la sentencia.

224 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 03/03/1994, “Sinde, Juan c. Martínez, Daniel”, AR/JUR/2368/1994

225 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 11/12/2002, “D., B. M. c. S., M. E.”, RCyS 2003, 542.

226 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 21/12/2006, “M., E. A. y otro c. R. de C., I. y otro”, AR/JUR/10077/2006

La falta de diligencia de la parte que tiene la carga de impulsar el procedimiento genera que la jurisdicción declare producida la perención de la instancia y, con ello, la posibilidad de revisar el accionar del profesional para verificar el grado de responsabilidad que le corresponde.

En esa tarea valorativa es muy importante conocer la calidad de participación del profesional de la abogacía, por la distinta carga que tiene si actúa como mandatario respecto de aquel que lo hace como patrocinante.

Ello impone para un correcto estudio del tema, iniciar el mismo observando los aspectos generales para luego analizar las resoluciones adoptadas diferenciando el estilo de actuación.

5.2.1. Principio general.

En la doctrina elaborada por el saber de los tribunales, en general, se entiende que *“el abogado es civilmente responsable por negligencia, omisiones y faltas en que incurriere en la dirección del proceso y, concretamente, cuando deja que se perima la instancia pues el hecho de haberse declarado la caducidad como consecuencia de su inactividad lo coloca en una zona de conducta francamente reprochable, sin que alcance a enervar esta conclusión la alegación relativa a que el actor no prestó la colaboración necesaria para impulsar el trámite”²²⁷*.

Pues, *“existe responsabilidad civil del abogado por dejar perimir la instancia - forma anormal de terminar el proceso por el solo transcurso del tiempo, en razón de no haberse instado la prosecución del juicio dentro de los plazos fijados por la ley ritual - y con mayor razón si ello trae además (tal como acontece en el sublite) la pérdida del derecho sustancial como consecuencia de la prescripción extintiva operada simultáneamente”²²⁸*.

227 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, 30/03/2004, “R., S. c. G., N.”, LLBA 2004, 641.

228 Primera Cámara Civil, Segunda Circunscripción Mendoza, expte. 22181 “Pardo Raimundo Contra Carlos Fernández Por Ordinario”, 05/05/2008, Ubicación: LS044-235

Como se colige, es criterio general -con característica de presunción *hominis*- que los abogados tienen responsabilidad profesional cuando se declara judicialmente que se ha producido la perención de la instancia del proceso en el cual intervinieron. Ello, implica que la carga de acreditar que no fue su culpa en el proceso de reclamación de resarcimiento por mala praxis, esta en cabeza del profesional y no del cliente. Éste solo debe acreditar la relación contractual existente entre ellos y que cumplió con los deberes secundarios de conducta o de colaboración.

En ese sentido, se dictaminó que *“el abogado es civilmente responsable por negligencia, omisiones y faltas en que incurriere en la dirección del proceso y, concretamente, cuando deja que se perima la instancia pues el hecho de haberse declarado la caducidad como consecuencia de su inactividad lo coloca en una zona de conducta francamente reprochable, sin que alcance a enervar esta conclusión la alegación relativa a que el actor no prestó la colaboración necesaria para impulsar el trámite”²²⁹*.

Por ello, se ha decidido que *“no es arbitraria la sentencia que hizo lugar al reclamo por responsabilidad profesional articulado contra la letrada patrocinante de los actores que pidió el proceso por caducidad de instancia, si, la recurrente no desvirtuó un argumento decisivo de la sentencia, esto es, que transcurrió un año y un mes sin que el proceso causara actuación alguna. El acto útil que hubiese llevado adelante el procedimiento consistía en completar un acto comenzado (incorporar en forma efectiva el expediente correcional requerido), actividad para cuya realización la abogada no necesitaba la firma ni la presencia de sus clientes -a quienes atribuyó la falta de colaboración por permanentes cambios de domicilio- y, tampoco demostró la existencia de impedimento para la remisión de los obrados”²³⁰*.

229 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, 30/03/2004, “R., S. c. G., N.”, LLBA 2004, 641, AR/JUR/882/2004.

230 Suprema Corte de Mendoza, Sala Nº 1, expte.: 68531 “Pistoresi de Bianco Ana María En J: Abriolas, Carlos Ana María Pistoresi - Daños y Perjuicios - Inconstitucionalidad – Casación”, 28/12/2001, LS304-313.

Además se debe tener presente que en algunos casos, la perención de instancia puede ser la consecuencia de la desidia del profesional que se generó por otros errores cometidos en la canalización del proceso, circunstancias que deben ser evaluadas no solo para determinar la imputabilidad de la responsabilidad civil al abogado sino, también, para precisar la cuantía del daño producido al cliente en sus chances.

Así fue expresado cuando se sentenció que *“corresponde responsabilizar a los letrados demandados por los daños derivados del rechazo de la acción laboral en la que actuaron como apoderados del actor como consecuencia de no haberse acreditado la incapacidad laboral, pues constituye una obligación principal de todo letrado efectuar las presentaciones y trámites que correspondan a fin de llevar el litigio que se le ha encomendado hacia su última instancia y su inactividad llevó a que transcurrieran más de seis meses sin darle impulso al proceso y que se tuvieran por desistidas las prueba pericial médica y testimonial, sin que ello fuera objeto de recurso alguno, lo que evidencia un abandono total de sus tareas del cual no pueden excusarse alegando una falta de colaboración o contacto con su cliente²³¹”*.

5.2.2. La perención operada siendo patrocinante.

La doctrina tiene muy en cuenta esta circunstancia, cuando efectúa el análisis de responsabilidad por caducidad la instancia judicial, dado que si se actúa como patrocinante del cliente no se tiene la carga de procuración que tiene quién recibe mandato general o especial para estar en juicio en representación de su mandante.

En concreto se estimó que *“el abogado demandado deben reparar los daños y perjuicios ocasionados al haberse decretado la caducidad de la instancia en un juicio en la que patrocinaba al reclamante, ya que realizó un seguimiento incorrecto del expediente y, al haber optado por la estrategia de dilación del proceso por un tiempo prolongado, conllevó un riesgo que no podía ignorar, máxi-*

231 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 29/11/2004, “Battagliese, Juan E. c. Etcheverry, Juan C. y otro”, La Ley Online; AR/JUR/5469/2004

me cuando intentó eximirse de responsabilidad haciendo firmar al actor unos escritos exculpatorios, engañosos en cuanto a los alcances de la perención declarada²³²”.

En función de este criterio se apreció que *“es improcedente eximir de responsabilidad al letrado patrocinante por el daño derivado de la declaración de caducidad de instancia -en el caso, la invocada falta de comparecencia oportuna del actor para firmar la apelación del pronunciamiento que admitió la perención-, pues la misión de aquél 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 finalización²³³”.*

También en procesos de daño se reputó que *“es responsable el letrado patrocinante por el daño causado al cliente por la inactividad procesal que derivó en la declaración de caducidad de la instancia en un juicio -en el caso, reclamaba la reparación del daño sufrido a raíz del accidente acaecido durante un viaje en ómnibus-, pues no pudo desentenderse totalmente de la marcha del litigio, prescindiendo de tomar contacto directo con las actuaciones, ya que el patrocinio implica asumir la plena dirección jurídica del proceso, el cabal cumplimiento de los deberes que ello comporta y el empleo de toda la diligencia para conducirlo de la mejor manera posible hasta su terminación²³⁴”.*

En cuanto al trámite en los procesos de falencia se consideró que *“existe responsabilidad profesional del letrado patrocinante que dejó perimir un incidente de revisión concursal -en el caso, los actores pretendían obtener la escrituración de inmuebles en base a ciertos boletos de compraventa-, pues incurrió en culpa por negligencia en los términos de los arts. 512 y 902 del Cód. Civil²³⁵”.*

232 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, 233 CSJN, “Di Benedetto, Diego F. c. C., F.”, 2002/06/27, La Ley, 2002-F, 435; DJJ, 2002-3, 452; ED, 200, 272

234 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 26/03/2003, “Vitale, Roberto Juan c. V., A. H.”, La Ley 2003 -D, 409, AR/JUR/357/2003.

235 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 19/04/2004, “Curutchet, Miguel L. y otro c. L. Q., G. V. y otro”, La Ley 2004-D, 620

De igual modo, se consideró que “no exime al abogado de la responsabilidad que se le atribuye derivada de la perención de instancia, la existencia de eventuales negociaciones entre las partes de carácter extrajudicial durante el lapso de la inactividad procesal, aunque aquél haya intervenido activamente, pues las mismas no trascienden al proceso, ni impiden su prosecución²³⁶”.

Por ello, la Corte Federal sostuvo, que “a los fines de la procedencia del recurso extraordinario, es arbitraria la sentencia que eximió de responsabilidad a un abogado patrocinante por el fracaso de la apelación del pronunciamiento que admitió la caducidad de instancia -con fundamento en que se hallaba en juego un plazo procesal corto- toda vez que no aparece debidamente justificada su conducta para sortear el obstáculo que se le habría presentado en cuanto pudo invocar la aplicación del art. 48 del Cód. Procesal, máxime si en el expediente intervino una sala que tenía doctrina favorable al gestor en tales hipótesis²³⁷”.

5.2.2.1. Carga probatoria para eximirse de responsabilidad.

Las particularidades de la relación abogado – cliente, donde el protagonismo de éste último es esencial para la tramitación de la causa judicial puesto que los escritos deberán tener su expresión de voluntad que queda acreditada con la impresión de la firma en ellos, impone observar con detenimiento a quién y que, corresponde acreditar en un proceso de mala praxis de abogado.

En principio, habíamos acordado en reconocer que existe contra el profesional una presunción *hominis*²³⁸ de culpa por el incumplimiento de sus deberes emergentes del contrato de prestación de

236 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 22/04/2002, “Wulfman, Gloria S. c. C., M. C. y otro”, La Ley 2002-E, 127 - DJ 2002-2, 1146, AR/JUR/2037/2002

237 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/06/2002, “Di Benedetto, Diego F. c. C., F.”, La Ley 2002-F, 435 - DJ 2002-3, 452, AR/JUR/490/2002.

238 Alferillo, Pascual E., “Reflexiones sobre el concepto y carga probatoria del daño moral”, RCyS 2012-II, 128. En este trabajo se recordaba, junto a los autores que se citan, que “en el contenido normativo de los códigos adjetivos, con claridad conceptual, se diferencia entre las presunciones de origen legal sustantivo de las presunciones judiciales, también denominadas *hominis*.”

servicios letrado. Es por ello que la doctrina judicial entendió que el abogado tiene la carga de probar la causal de eximición de su responsabilidad como sería, por ejemplo, cuando no contó con la colaboración de su cliente.

Como se advierte, se le exige al profesional que actúa como patrocinante, una conducta activa tendiente a conservar los derechos de su cliente porque ello forma parte de los deberes asumido como asesor letrado en temas jurídicos.

Las primeras evidentemente, son aquellas que el legislador, como observador de la realidad de la vida y en función de las políticas legislativas, elevó a rango de norma, razón por la cual, como dice el art. 315 del Código Procesal de Córdoba: "tienen el valor probatorio que la ley de fondo les reconoce". Estas presunciones legales tienen como característica que reglan determinada situación o hipótesis, son concretas al marcar la circunstancia presumida y quién se beneficia con ello.

En cambio, las presunciones judiciales se pueden presentar de modo distinto: o como prueba, o, como parte del razonamiento del juez al momento de construir la sentencia.

Entre los autores que han tratado el tema se puede citar a Alferillo, Pascual E., "Daño a la Vida - Valoración - Cuantificación - Acción resarcitoria", (Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2009), pág. 281; Chiappini, Julio O., "La prueba de presunciones - Compendio de reglas procesales" (FAS-Rosario-1999), pág. 58/59, cita a Jorge W. Peyrano, "Compendio de reglas procesales en lo Civil y Comercial", Zeus, Rosario, 1983, pág. 145 N° 51; Fenochietto, Carlos Eduardo - ARAZI, Roland, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación - Comentado y concordado con el C.P.C. de la Prov. de Bs. As.", T° 2 -Art. 304-594, 2ª Edición Actualizada, Editorial Astrea - De Alfredo y Ricardo Depalma - Buenos Aires - 1993), pág. 268; Palacio, Lino Enrique, "Derecho Procesal Civil", T° IV - Actos Procesales - Segunda edición (Abeledo - Perrot - Buenos Aires - 1999), pág. 349; De Santo, Víctor "El proceso civil", T° II "Teoría General de la Prueba. Objeto. Carga. Procedimiento Probatorio. Apreciación o valoración" (Editorial Universidad - Buenos Aires - 1982), pág. 136; Acosta, José V., "Visión jurisprudencial de la Prueba Civil", T° I, (Rubinzal Culzoni Editores - Santa Fe - Argentina - 1996), pág. 84, entre otros. Por su parte, en las Jornadas sobre Responsabilidad Civil - En homenaje al Dr. Roberto Brebbia - Rosario, 1986, Comisión N° 2 conclusión N° 5. "Las presunciones de culpa, para ser tales, deben admitir prueba en contrario". 6. "Las presunción de culpa es desvirtuable, ante todo, mediante la demostración de que el agente obró con la diligencia o prudencia debida". 7. "Las presunciones "de responsabilidad" o "de causalidad" se destruyen probando la interrupción del nexo causal (caso fortuito, hecho de un tercero, culpa de la propia víctima; salvo casos especiales). 8. Existen ciertas hipótesis de presunciones de la magnitud del daño, que involucran a su vez presunciones de adecuación, por ejemplo en las obligaciones de dar dinero, los intereses; en la cláusula penal, la pena; en la señal penitencial, su valor.

A consecuencia de esta exigencia, el profesional que no recibe la colaboración de su cliente, no puede quedarse en una situación pasiva sino por el contrario, se le reclama para eximirse de responsabilidad que documente sus diligencias poniendo en evidencia el desinterés o la desidia del cliente en el cumplimiento de los deberes secundarios de colaboración que tiene a su cargo.

Sobre el particular, los tribunales opinan que *“el abogado que pretende eximirse de responsabilidad por la declaración de caducidad de la instancia en el juicio en el cual asistía a su cliente como patrocinante, con fundamento en la falta de concurrencia a firmar un escrito, 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”²³⁹*.

En igual sentido, se entendió que *“pesa sobre el letrado patrocinante la carga de desvirtuar la presunción de culpa por la perención de un juicio, la que no puede sustentarse simplemente en la falta de cooperación de su ex cliente -en el caso, probada por testigos-, sino en la existencia de una razón debidamente justificada que le hubiera impedido apartarse del patrocinio con anterioridad al vencimiento del plazo de perención”²⁴⁰*.

En concreto, se especificó que *“el abogado que pretende eximirse de responsabilidad por la declaración de caducidad de la instancia en el juicio en que asistía a su cliente como patrocinante -en el caso, reclamaba la reparación del daño sufrido a raíz de un accidente ocurrido durante un viaje en ómnibus-, lo que permitió la prescripción de la acción, debe acreditar que se desligó oportunamente del patrocinio o bien la existencia de requerimientos a su cliente para activar el procedimiento, pues el hecho sindicado como dañoso*

239 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, 30/05/2006, “Delgado, Tomás V. c. Andreatta, Norberto”, LLBA 2006, 1369

240 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 16/08/2001, “Zuffo, Magdalena B. c. M. P., D. H.”, RCyS 2001, 895

es un hecho científico o técnico, cuyo dominio pertenece al profesional y no al cliente (de la sentencia de primera instancia)²⁴¹”.

5.2.2.2. Desestimación de la reclamación.

Cuando se declara la perención de la instancia se genera contra del profesional, la presunción de haber incurrido en incumplimiento de sus deberes contractuales, pero la doctrina judicial, en algunos casos, desestimó las reclamaciones de resarcimiento contra los abogados actuantes.

Una de las razones por las cuales se lo eximió de responsabilidad es porque el actor no logró acreditar en la reclamación, el nexo causal entre el daño y el accionar del abogado demandado por mala praxis. Es decir, que el ex cliente no logró acreditar uno de los presupuestos necesarios para configurar el deber de resarcir, como es el nexo de causalidad adecuado entre el daño denunciado y el incumplimiento contractual del abogado.

Este criterio quedó documentado cuando se dijo 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 letrado²⁴²”*.

Por otra parte, y referido a una causal que resulta de suma importancia para ser tenida en cuenta, cuando se actúa como patrocinante, se ha entendido que la falta de colaboración del cliente para con su profesional obsta a la responsabilidad de éste, con la advertencia que el abogado tiene que actuar activamente documentando las diligencias realizadas para evitar la producción de la perención, por ejemplo, comunicando o intimando a su cliente a concurrir a su

241 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 26/03/2003, “Vitale, Roberto Juan c. V., A. H.”, La Ley 2003-D, 409, AR/JUR/357/2003

242 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 07/07/2005, “L., J. A. c. T., J. D.”, DJ 2005-2, 1243 - La Ley 23/09/2005, 5, La Ley 2005-E, 495, RCyS 2005, 1149; CNCiv., Sala C, “Di Benedetto, Diego F. c. C., F.”, 2000/12/05, La Ley, 2001-D, 139; Sala G, “F., R. M. c. G. de la C., O. J.”, La Ley, 2001-E, 144 - DJ, 2001-2-1187 .

estudio para continuar el trámite o requiriéndole que le confiera poder para actuar en el juicio, etc.

Sin perjuicio de ello, en tribunales se adoptó la decisión de declarar 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”*²⁴³.

En otro caso, se ha desestimado la reclamación con un estudio de mayor complejidad de los antecedentes porque si bien se acreditó que el profesional no había recurrido la sentencia se lo exculpó porque se evaluó que conforme los antecedentes de la causa no existía posibilidad de éxito en la reclamación. Este tema resulta de interés en este estudio por cuanto a la hora de valorar cual es el contenido resarcitorio de la “chance” perdida, cabe preguntarse si es por la pérdida de la “chance” de obtener una sentencia simplemente o, es ineludible acreditar la “chance” de obtener una sentencia favorable y, dentro de esta posibilidad, cuanto de favorable.

En el fallo en cuestión se juzgó que *“cabe rechazar la acción de daños y perjuicios deducida contra quien se desempeñó como letrado patrocinante del actor en un juicio laboral y omitió recurrir la sentencia que rechazó la demanda, ya que, más allá del reproche ético pertinente, la conducta adoptada por el demandado no genera responsabilidad civil, pues atento la imposibilidad de éxito del reclamo laboral impetrado -en el caso, los testigos del demandado fueron coincidentes en cuanto a la argumentación brindada para oponerse al reclamo y traslucieron un pleno conocimiento de la relación que existía entre las partes-, una eventual apelación no hubiera podido revertir lo acontecido en primera instancia”*²⁴⁴.

243 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, AR/JUR/5095/2008.

244 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 07/07/2005, “L., J. A. c. T., J. D.”, DJ 2005-2, 1243 - La Ley 23/09/2005, 23/09/2005, 5 - La Ley 2005-E, 495 - RCyS 2005, 1149.

Evidentemente, la Cámara entendió que la “chance” indemnizable es aquella que se conforma no solo con la pérdida de la posibilidad de obtener una sentencia, sino que además analizó si la pretensión de fondo, tenía alguna posibilidad de ser favorable para el actor reclamante que acciona por la supuesta mala praxis de su ex letrado. Este tema será explorado con mayor detenimiento, en la cuarta parte de este estudio.

5.2.3. La caducidad operada siendo apoderado.

Cuando el abogado actúa como apoderado judicial, en general, se aplican las reglas del contrato de mandato el cual tiene lugar, conforme el art. 1869 del Código Civil, cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza y, en particular, el inc. 6 del art. 1870 del Código Civil. Es por ello que cuando acepta el mandato dado por el cliente para representarlo en juicio, asume los deberes impuestos por los arts. 1904 y 1905 del mismo texto.

En el proyecto de la Comisión Dec. N° 191/11, se regula en forma diferenciada la representación del contrato de mandato.

En ese sentido, conforme propone el art. 362 “la representación voluntaria comprende sólo los actos que el representado puede otorgar por sí mismo. Los límites de la representación, su extinción, y las instrucciones que el representado dio a su representante, son oponibles a terceros si éstos han tomado conocimiento de tales circunstancias, o debieron conocerlas obrando con cuidado y previsión”. El siguiente define que “el apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar”.

Por su parte, cuando se regulan los contratos en particular, se puntualiza en el art. 1319 que “hay contrato de mandato cuando una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra. El mandato puede ser conferido y aceptado expresa o tácitamente. Si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo, se entiende que ha conferido tácita-

mente mandato. La ejecución del mandato implica su aceptación aun sin mediar declaración expresa sobre ella”.

En los arts. 1320 y 1321 se diferencia, entre el mandato con representación de aquel que no la tiene, en cuyo caso, el mandatario actúa en nombre propio pero en interés del mandante, quien no queda obligado directamente respecto del tercero, ni éste respecto del mandante.

Por cierto que el abogado para actuar en sede judicial por su cliente necesita mandato con presentación de donde se debe tener en cuenta ambas regulaciones transcritas para determinar, si esta propuesta de la Comisión 191/11 se transforma en código unificado.

Como se colige, cuando caduca la instancia siendo apoderado, el abogado no podrá argumentar la falta de colaboración de su cliente porque la procuración del proceso judicial es su responsabilidad.

En esa dirección se entendió que *“la apelante no satisfizo su deber como mandataria al no actuar en forma y tiempo adecuados para evitar la caducidad de instancia del proceso por daños y perjuicios²⁴⁵”*.

Sin perjuicio de lo apuntado, corresponde tener presente que la doctrina de los tribunales ha sostenido respecto del tema que *“en un caso de responsabilidad civil, derivado del hecho de que el letrado apoderado dejó perimir la instancia y por consiguiente, dado el tiempo transcurrido, también la prescripción de la acción entablada por daños y perjuicios por un ilícito civil (arts. 302 y conc., Cód. Procesal Civil y arts. 1109, 1113, 1869, 3987, 4037 y conc., Cód. Civil), corresponde que la indemnización a la actora, se limite a las costas por el proceso perdido por caducidad de la instancia, cuando la actora no ha demostrado que sin la negligencia del abogado que dejó perimir la instancia, el juicio se hubiere ganado²⁴⁶”*.

245 Primera Cámara Civil, Primera Circunscripción Mendoza, expte. 120149 “Agüero, Mirta Mónica Cubillos y ot. - Daños y Perjuicios”, 19/09/1991, LS148-408

246 Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala Segunda, 02/09/1992, “de Quiroga, A. A. c. S. B., M. C.”, DJ 1993-1, 737, AR/JUR/1050/1992.

5.2.4. Análisis de la responsabilidad por perención de la instancia conforme el tipo de proceso.

En este apartado, se tendrá en cuenta, para examinar los casos de perención de la instancia, el tipo de proceso judicial en el cual se decreta la misma.

5.2.4.1. Caducidad en el proceso de reclamación de daños.

En el marco de un proceso de reclamación de resarcimiento de los daños y perjuicios se definió que *“es responsable el letrado patrocinante por el daño causado al cliente por la inactividad procesal que derivó en la declaración de caducidad de la instancia en un juicio -en el caso, reclamaba la reparación del daño sufrido a raíz del accidente acaecido durante un viaje en ómnibus-, pues no pudo desentenderse totalmente de la marcha del litigio, prescindiendo de tomar contacto directo con las actuaciones, ya que el patrocinio implica asumir la plena dirección jurídica del proceso, el cabal cumplimiento de los deberes que ello comporta y el empleo de toda la diligencia para conducirlo de la mejor manera posible hasta su terminación²⁴⁷”*.

En cambio, en disidencia se propuso que *“resulta improcedente atribuir responsabilidad por demora o inactividad, al abogado que le fuera encomendada una acción de daños y perjuicios derivada de un accidente de tránsito, pues en la causa penal promovida por la víctima no se observa ningún intento procesal tendiente a impulsar el procedimiento, lo cual permite concluir que el daño ha sido causado por la propia actora desde que, sabido es que en función de lo dispuesto por el art. 3982 bis del Cód. Civil, se encuentra*

247 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 26/03/2003, “Vitale, Roberto Juan c. V., A. H.”, La Ley 2003-D, 409, AR/JUR/357/2003. En el fallo se dijo que *“es responsable el abogado por el daño sufrido por su cliente al haberse decretado la caducidad de la instancia en el expediente en el que lo patrocinó -en el caso, reclamaba la reparación del daño sufrido a raíz de un accidente ocurrido durante un viaje en ómnibus- y con ello haber prescripto la acción, pues la caducidad como presunción de abandono del procedimiento, que se induce de la inactividad de las partes, supone que el letrado no internalizó al cliente de los efectos de su inactividad (de la sentencia de primera instancia)”*.

*suspendido el término de la prescripción de la acción civil hasta que recaiga sentencia en sede penal*²⁴⁸”.

La solución dada por la jurisprudencia resulta relativa pues omite considerar que la acción civil puede ser intentada con independencia de la penal por cuanto se vería afectada únicamente el dictado de la sentencia por imperio de la prejudicialidad penal que en la actualidad está en franco retroceso ante la existencia de factores objetivos de atribución y esencialmente, por aplicación de los Tratados Internacionales que exigen el dictado de los fallos en un tiempo razonable con lo cual se pudo hasta soslayar la exigencia de la sentencia penal previa.

Otro tema emergente del fallo que resulta de interés analizar es si el abogado tiene un plazo cierto para iniciar la demanda. En esta hipótesis, sin lugar a duda, marca el tiempo máximo el plazo de prescripción de la acción.

Sin perjuicio de ello, normalmente no se fija un plazo para iniciar el trámite pero se estima que el profesional de la abogacía asume el deber de iniciar la demanda en un tiempo razonable conforme a las particularidades del caso que le presentó su cliente y la colaboración de éste con el aporte de los medios probatorios necesarios para la construcción de la demanda. Es decir, se estima que es aplicable el segundo párrafo del art. 509 del Código Civil, razón por la cual la interpelación del cliente al profesional lo coloca en mora cuando no ha vencido el plazo de prescripción de la acción porque en este caso estaremos frente al incumplimiento de la obligación asumida.

5.2.4.2. Caducidad producida en proceso concursal.

En los procesos falenciales, de igual modo, es exigible la diligencia de los abogados en los trámites de los incidentes que se tramitan a los fines de precisar el pasivo y el activo concursal.

Esta idea fue suscripta por un tribunal nacional cuando dijo que *“existe responsabilidad profesional del letrado patrocinante que dejó*

248 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Jujuy, sala III, 26/10/2004, “Gurriere, Oscar I. y otra c. P., D. A.”, RCyS 2005, 481; RCyS 2005, 454; LLNOA 2005(mayo), 663 - DJ 2005-2, 714. (del voto en disidencia del doctor Cau Loureiro)

perimir un incidente de revisión concursal -en el caso, los actores pretendían obtener la escrituración de inmuebles en base a ciertos boletos de compraventa-, pues incurrió en culpa por negligencia en los términos de los arts. 512 y 902 del Cód. Civil²⁴⁹”.

En otro caso se definió que “es improcedente imputar responsabilidad al abogado por la declaración de desistimiento del proceso concursal de su cliente debido a las demoras incurridas en el trámite de la publicación de edictos, toda vez que tal demora es atribuible al cliente que asumió personalmente la publicación -en el caso, tuvo inconvenientes para afrontar el pago del costo de la publicación- y le fueron explicitadas las consecuencias que la dilación podía acarrear²⁵⁰”.

5.2.4.3. Caducidad producida en procesos laborales.

En los juicios laborales, de igual modo, se ha verificado la existencia de negligencia profesional en la defensa de los intereses de los trabajadores, cuando se expuso que “debe confirmarse la sentencia que condenó al letrado que actuó como patrocinante a resarcir el daño causado a su cliente por la caducidad de la instancia decretada en un juicio y la consiguiente prescripción de la acción si, pese a las dificultades habidas en la tramitación del juicio -en el caso, en la notificación de la demanda por accidente de trabajo-, la caducidad fue decretada a raíz de la inactividad habida a partir del último acto impulsorio²⁵¹”.

En cambio, se juzgó que “debe rechazarse la demanda mediante la cual el actor imputa mala praxis al abogado que lo patrocinó en un reclamo laboral -en el caso, se solicitó un pronto pago de créditos laborales en el concurso preventivo del empleador-, que culminó

249 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 19/04/2004, “Curutchet, Miguel L. y otro c. L. Q., G. V. y otro”, La Ley 2004-D, 620, AR/JUR/546/2004.

250 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 28/05/2004, “Carbone, Julia G. c. F. de M., D. V.”, DJ 2004-2, 824 - IMP 2004-B, 2882, AR/JUR/757/2004.

251 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 26/03/2002, “C., L. A. c. S., N. L.”, La Ley 2002-D, 209 - DJ 2002-2, 832.

con la declaración de caducidad de la instancia, pues se comprobó que el letrado le había comunicado con anterioridad mediante un documento privado la renuncia del patrocinio letrado y que si deseaba continuar con el trámite debía buscar un nuevo abogado, por lo que no pesaba sobre el accionado la obligación de informar que recibía notificaciones en su domicilio²⁵²”.

5.3. Responsabilidad por la no presentación de escritos.

En general se ha estimado que *“cabe responsabilizar a los letrados demandados por los daños y perjuicios ocasionados a sus clientes, toda vez que el incumplimiento de su obligación de efectuar las presentaciones y trámites que correspondan a fin de llevar el litigio que se les ha encomendado hacia su última instancia -inactividad procesal- derivó en el fracaso de la acción, por cuanto se tuvo por desistida la pericia médica fundamental²⁵³”.*

5.4. Responsabilidad por la no interposición del recurso.

En particular, se consideró que *“cabe condenar a un letrado a indemnizar el daño moral ocasionado a un cliente a raíz de haber omitido apelar la sentencia que había rechazado su pretensión por cuanto, la comprobación de la omisión en la que incurrió el profesional demandado y la consecuente frustración de la esperanza que pudo albergar el actor acerca del resultado de una eventual apelación de la sentencia que rechazaba su demanda, generó padecimientos que han pasado de ser meras molestias, aun cuando la actividad esperada contara con remotas posibilidades de éxito²⁵⁴”.*

De igual modo, se juzgó que *“corresponde responsabilizar a un abogado por los daños ocasionados a su cliente en virtud de haber omitido apelar una sentencia adversa pues, visto que no acredi-*

252 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 02/12/2009, “A., C. J. c. Madiedo, Carlos Alfredo”, La Ley Online; AR/JUR/62882/2009

253 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 29/11/2004, “Battagliese, Juan E. c. Etcheverry, Juan C. y otro”, La Ley 30/03/2005, 30/03/2005, 7 - LA LEY 2005-B, 552, AR/JUR/4676/2004.

254 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 18/05/2007, “Gari, Osvaldo Víctor c. P., V. R. y otro”, RCyS 2007, 960 - DJ 2007-III, 769, AR/JUR/2378/2007.

tó que su patrocinado se hubiere negado a suscribir el escrito de apelación o hubiese estado imposibilitado de hacerlo, debe concluirse que el letrado no apeló por falta de diligencia imputable a su parte²⁵⁵”.

Con mayor detenimiento se dijo que *“el consentimiento del cliente -en el caso, un abogado alegaba haber consensuado con su cliente la no interposición de un recurso y no había adoptado las medidas necesarias para que el monto que aquél se le embargara no sufriera los avatares de la inflación- nunca puede cubrir el dolo o la impericia, negligencia o imprudencia del profesional, para excluir totalmente su responsabilidad²⁵⁶”.*

En sentido contrario se estimo que *“debe rechazarse la acción resarcitoria dirigida contra quien se desempeñó como apoderado en el proceso de daños y perjuicios derivado de un accidente de tránsito, por no haber apelado la sentencia condenatoria en cuanto a la responsabilidad endilgada a su mandante, en carácter guardián del automotor embistente -art. 1113, párr. 2º, parte 2ª, Cód. Civil-, si tal fallo hizo mérito de que este último revestía calidad de tomador del seguro de dicho vehículo, pues al asegurarlo actuó con el fin resguardarlo frente a cualquier evento dañoso, lo que permite atribuirle la citada calidad de guardián, por lo que no se advierte que el abogado demandado haya obrado inapropiadamente²⁵⁷”.*

En este caso se verificó que ciertamente el abogado apoderado no había impetrado el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria de su cliente, pero se lo exculpó de responsabilidad realizando un análisis de las probabilidades de éxito de la pretensión sustantiva a deducir ante la Alzada para decir que había actuado apropiadamente.

Evidentemente, dejar sujeta la eventual responsabilidad profesional atada a un análisis de probabilidades de éxito de la pretensión

255 Fallo ídem.

256 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 5a Nominación de Córdoba, 06/11/2003, “Bermúdez, Alejandro V. s/ suc. c. B., A. M.”, DJ 2004-2, 782 - LLC 2004 (mayo), 427, AR/JUR/5080/2003.

257 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 16/03/2005, “Fernández, Nora C. c. K., G. F.”, La Ley Online; AR/JUR/53/2005.

recursiva en un riesgo que no se corresponde con un adecuado ejercicio profesional, dado que es deber del abogado, por su calidad de experto en el saber jurídico, informar a su cliente del riesgo aún cuando se actúe con poder y que sea éste quién defina el camino a seguir porque, el última instancia, es su patrimonio el que está en juego.

Sin perjuicio de la advertencia, el mismo criterio se empleo cuando se aseveró que *“cabe rechazar la acción de daños y perjuicios deducida contra quien se desempeñó como letrado patrocinante del actor en un juicio laboral y omitió recurrir la sentencia que rechazó la demanda, ya que, más allá del reproche ético pertinente, la conducta adoptada por el demandado no genera responsabilidad civil, pues atento la imposibilidad de éxito del reclamo laboral impetrado -en el caso, los testigos del demandado fueron coincidentes en cuanto a la argumentación brindada para oponerse al reclamo y traslucieron un pleno conocimiento de la relación que existía entre las partes-, una eventual apelación no hubiera podido revertir lo acontecido en primera instancia”²⁵⁸*.

5.5. Responsabilidad de los abogados en el ámbito de la reclamación laboral.

La defensa de los intereses de los trabajadores tiene particularidades que principian con el criterio que indica a éste como la parte más débil de la relación laboral. Sin duda esa calificación se hace extensiva a la relación del mismo con su abogado.²⁵⁹

258 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 07/07/2005, “L., J. A. c. T., J. D.”, DJ 2005-2, 1243; La Ley 23/09/2005, 23/09/2005, 5; La Ley 2005-E, 495; RCyS 2005, 1149, AR/JUR/1560/2005.

259 Suprema Corte de Mendoza, Sala Nº1, expte.: 91271 “Arce Emilia Isabel P.S.H.M. Facundo Fernando En J: 79.895/38.962 Arce Emilia Isabel P.S.H.M. Facundo Fernando C/ Carrion Fernando Exequiel S/ D. y P. S/ Inc. Cas.”, 28/07/2009, Ubicación: LS403-001. En el fallo se especificó que *“aún cuando tras una transacción extrajudicial, pueda considerarse que la indemnización percibida por la actora haya sido relativamente baja, ello no configura el vicio de lesión que permita nulificar el convenio celebrado. Máxime teniendo en cuenta que la actora concurrió representada por un abogado, de su elección, y con asesoramiento médico. En consecuencia, no ha sido víctima de engaño prejudicial o de actitud dolosa de la aseguradora; si la defensa que eligió no ha sido correcta o suficiente, deberá interponer las acciones civiles que correspondan ante la responsabilidad profesional, o llegado el caso, si sostiene la existencia de connivencia dolosa, acciones penales”*

En ese contexto se ha decidido que *“corresponde responsabilizar a un letrado apoderado por los daños ocasionados a su cliente en virtud de la desestimación de la demanda laboral decidida como apercibimiento por haber guardado silencio frente a la intimación cursada a efectos de que procediese a denunciar el nuevo domicilio del empleador pues, era obligación del abogado demandado asesorar al actor y recurrir a la notificación por edictos prevista en el art. 145 del Código Penal a fin de mantener la demanda, no bastando para eximirse de responsabilidad que su cliente lo hubiese autorizado a desistir²⁶⁰”*.

Con el mismo sentido se señaló que *“el abogado que representó al actor en un proceso laboral es responsable por los daños que sufrió éste ante la falta de interposición de un incidente de revisión frente al rechazo del crédito en el proceso concursal del empleador, pues, su articulación constituía un deber profesional, imprescindible para evitar la pérdida del derecho y la colaboración del representado no era necesaria para cumplir los actos procesales omitidos²⁶¹”*.

También se escribió que *“debe confirmarse la sentencia que condenó al letrado que actuó como patrocinante a resarcir el daño causado a su cliente por la caducidad de la instancia decretada en un juicio y la consiguiente prescripción de la acción si, pese a las dificultades habidas en la tramitación del juicio -en el caso, en la notificación de la demanda por accidente de trabajo-, la caducidad fue decretada a raíz de la inactividad habida a partir del último acto impulsorio²⁶²”*.

En los casos transcritos, el incumplimiento profesional está referido al accionar del abogado dentro del proceso, pero se ha juzgado que, de igual modo, existe responsabilidad profesional cuando se

260 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 17/09/2007, “Alfi, Daniel Horacio y otros c. Cabrera, Andrea Mónica”, RCyS 2008, 757, AR/JUR/6954/2007.

261 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 29/12/2009, “M., P. B. c. A., P. A.”, RCyS 2010-V, 197; AR/JUR/63379/2009.

262 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 26/03/2002, “C., L. A. c. S., N. L.”, La Ley 2002-D, 209 - DJ 2002-2, 832, AR/JUR/2350/2002.

desconoce la línea directriz de la jurisprudencia de los tribunales donde se impetra la demanda. Ello, en sentido contrario, implica que cuando existe una variación sustancial de la misma, no se le puede endilgar al profesional responsabilidad por desconocimiento de la misma, especialmente cuando el cambio es posterior a la presentación realizada.

Así fue entendido cuando se expresó que *“las cámaras laborales, con el fin primordial de proteger al más débil de la relación jurídica, han permitido la condena al patrono, utilizando la responsabilidad prevista en el art. 1113 C.C., aún cuando no se trate de cosa riesgosa en sí misma y sin analizar exhaustivamente el eventual obrar culposos o negligentes del trabajador. Este criterio flexible y amplio de aplicación del 1113 hace que no pueda considerarse negligente o culposo el actuar de un abogado que decide su táctica jurídica de conformidad con la jurisprudencia predominante en la materia, sería un exceso exigirle prevea la posibilidad de la modificación de criterios largamente utilizados, ese apartamiento imprevisible por parte del tribunal no puede acarrearle al profesional del derecho el cargar con la responsabilidad del caso”*²⁶³.

También se ha exculpado de responsabilidad cuando se declaró que *“es improcedente atribuir mala praxis a un abogado por el encuadre jurídico dado al reclamo laboral del cliente, el cual encauzó por vía de un pedido de pronto pago, en tanto al momento de la solicitud aún no existía acuerdo homologado, y el hecho de que se declarara inoficioso el pedido y que se lo encauzara como un incidente de verificación de créditos fue parte de una contingencia del proceso y no una consecuencia de una negligencia del letrado”*.²⁶⁴

Y cuando se precisó que *“debe desestimarse la demanda de daños y perjuicios incoada contra el letrado que representó a un trabajador en un juicio laboral en el cual se obtuvo la determina-*

263 Suprema Corte de Mendoza, Sala N° 1, expte.: 89399 “González Loyarte De Salomón Ana María En J° 186.100/9305 Z. De M.E.R. C/ G.L. De S.A.M. P/ Daños Y Perjuicios S/ Inc. Cas.”, 08/04/2008, LS387-191.

264 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 02/12/2009, “A., C. J. c. Madiedo, Carlos Alfredo”, La Ley Online; AR/JUR/62882/2009.

ción de un crédito que fue declarado prescripto con motivo de la falta de prosecución del incidente de verificación tardía iniciado en el concurso del empleador, pues, a la fecha de la presentación del pedido de verificación, el actor contaba con razonables posibilidades de obtener aquella y no puede imputar negligencia al profesional desde el momento en que le revocó el poder y no hay elementos de convicción que expliquen por que causa no prosiguió el trámite con la asistencia de otro letrado²⁶⁵”.

5.6. Responsabilidad derivada de la problemática de los consorcios.

La actuación de los abogados asesorando sobre los temas derivados de los consorcios ha sido motivo de tratamiento por parte de los tribunales determinándose que *“debe desestimarse la demanda de mala praxis deducida contra un abogado por quien fuera su patrocinado en un proceso judicial —en el caso, sobre cumplimiento de reglamento de copropiedad— que culminó con la caducidad de la instancia, pues al momento de declararse ésta el demandado ya se encontraba desvinculado de las actuaciones en virtud de su renuncia al patrocinio y el tiempo existente entre el último acto impulsorio y la declaración de caducidad resultaba suficiente para que el actor recurriera a otro profesional a los fines de continuar el trámite²⁶⁶”.*

Con el mismo criterio se dirimió que también *“debe desestimarse la demanda de mala praxis deducida por un administrador de consorcios contra quien fuera su abogado en un juicio de rendición de cuentas, pues, el actor no acreditó haber perdido dicho litigio por exclusiva culpa y responsabilidad del profesional, y si bien alegó que el emplazado había falsificado su firma en ciertos escritos, debió demostrar no solo ésta no le pertenecía, sino que fue el letrado quien la falsificó²⁶⁷”.*

265 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 26/10/2009, “Naranjo, Luis Ángel c. A., M. A.”, La Ley Online; AR/JUR/43752/2009.

266 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 12/11/2009, “Slemenson, Blanca Rosa c. J., S. G.”, RCyS 2010-VIII, 168, AR/JUR/73886/2009.

267 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 17/04/2009, “Solmesky, David Noel y otro c. R. O., P.”, La Ley Online; AR/JUR/9898/2009.

5.7. Responsabilidad en los procesos falenciales.

La actuación de los profesionales de la abogacía en la tramitación de un proceso falencial fue tratada en el apartado relacionado con la caducidad de la instancia y en la responsabilidad por la representación de los trabajadores donde se expusieron las primeras ideas sobre el tema.

En el caso que se transcribe se trata de una hipótesis de responsabilidad distinta a las expuestas, por cuanto se definió que *“la responsabilidad del letrado apoderado que mediante un obrar contrario a la diligencia que le era exigible —art. 902, Cód. Civil— solicitó y obtuvo la declaración de quiebra de una persona que no era el deudor de su mandante —en el caso, se trata de dos personas de igual apellido y primer nombre y el informe de la Cámara Nacional Electoral daba cuenta de un distinto domicilio— no compromete la responsabilidad de éste, porque en materia de actos ilícitos no puede haber representación debido a que la regla general es que los daños extracontractuales deben ser reparados por su autor²⁶⁸”*.

En esta litis, el daño es provocado a un tercero, razón por la cual se determina que la ilicitud es aquiliana con lo cual el cliente o mandante queda exento de responsabilidad por los actos de su mandatario. En otras palabras, el abogado no actuó dentro del mandato sino fuera del mismo, motivo por el cual no es de aplicación el art. 1946 del Código Civil donde se regla que los actos jurídicos ejecutados por el mandatario en los límites de sus poderes, y a nombre del mandante, como las obligaciones que hubiese contraído, son considerados como hechos por éste personalmente.

5.8. Responsabilidad por injurias vertidas en juicio.

En el punto anterior se observó la responsabilidad personal del abogado frente a un tercero ajeno al proceso por actuar fuera de la línea directriz dada por su cliente sin comprometer a éste.

268 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23/05/2006, “Tortorelli, Mario Nicolás c. Provincia de Buenos Aires y otros”, RCyS 2006 , 515; La Ley 13/07/2006 , 5; La Ley 2006-D , 345; IMP 2006-15, 1929 - La Ley 20/09/2006, 10; La Ley 2006-E , 470; AR/JUR/1323/2006.

En este caso, en cambio, el daño producido es contra la persona del magistrado que tiene el deber de dirimir la litis traída a resolución de la jurisdicción.

En ese sentido se ha precisado, en un pormenorizado estudio realizado por la Suprema Corte de Justicia, que *“la inviabilidad de la acusación en función de los recaudos de la conducta típica que se imputó al demandante no podía ser desconocida por el denunciante, quien en su condición de abogado, debió obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas y cuya responsabilidad correspondía examinar adecuadamente valorando el reproche de su conducta en orden a la previsibilidad de sus consecuencias”*²⁶⁹.

También se observó respecto de la conducta del profesional de la abogacía actuante que *“con relación a la libertad de expresión las críticas al ejercicio de la función pública no pueden ser sancionadas aun cuando estén concebidas en términos cáusticos, vehementes, hirientes, excesivamente duros e irritantes. Dicho criterio responde al prioritario valor constitucional que busca resguardar el más amplio debate respecto de las cuestiones que involucran a personalidades públicas o materias de interés público, como garantía esencial del sistema republicano; empero, lo que no es admisible es la conducta de quien, por su profesión y experiencia, ha obrado excediendo el marco propio del ejercicio regular de los derechos de petición y crítica”*²⁷⁰.

Ello por cuanto se falló que *“no puede exigirse a los magistrados que soporten estoicamente cualquier afrenta a su honor sin poder reclamar la reparación del daño injustamente sufrido, ello pues el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico no constituye una muestra de debilidad ni denuncia una falta de espíritu republicano. Admitir lo contrario, importaría tanto como consagrar la existencia de una categoría de ciudadanos -por su cargo o función pública- huérfanos de tutela constitucional y expuestos al agravio impune”*²⁷¹.

269 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Lescano, Roberto Jorge c/ Hardy, Marcos Armando”, 18/02/2004. (Del voto de los Dres. Belluscio y Leal de Ibarra)

270 Fallo ídem. (Voto de los Dres. Vázquez, Frondizi, Ferro).

271 Fallo ídem. (Del voto de los Dres. Belluscio y Leal de Ibarra)

Con palabras similares otro voto sostuvo que *“no puede exigirse a los magistrados que soporten estoicamente cualquier afrenta a su honor sin poder reclamar la reparación del daño injustamente sufrido, máxime cuando se le ha atribuido la comisión de un delito doloso que tuvo repercusión en el ámbito en el que aquél ejercía sus funciones, aparte de que la imputación tuvo amplia cobertura periódica y difusión en los círculos familiar, social y académico en que actuaba el demandante*²⁷²”.

Del mismo modo, el abogado puede ser responsable de injurias contra otros miembros del tribunal. Así se estableció que *“el Código Civil no requiere, para que se pueda fijar la responsabilidad civil de aquel sujeto que haya efectuado una acusación calumniosa -en el caso, contra un secretario de un juzgado por un abogado defensor en un escrito donde planteaba una nulidad-, que haya habido un previo pronunciamiento penal sobre la conducta del acusador o denunciante*²⁷³”.

En cuanto a los daños que pudieren ocasionar los abogados por injurias o calumnias vertidas contra otro profesional (contraparte) durante la tramitación de una litis, en principio, si se configuran los presupuestos de responsabilidad sería viable, aún cuando se deba tener presente algún grado de tolerancia propios del normal ímpetu con el cual algunos profesionales defienden los intereses de su parte que se canalizan con expresiones que tratan de desmerecer la posición o los dichos de la contraria para resaltar como ciertos los propios.

Un juicio es una litis racionalizada al ser canalizada por un proceso en el cual se deben guardar las formas éticas, la buena fe y el buen comportamiento profesional, pero en el fondo es una pelea, una discusión, una reyerta o como quiera denominarse en el cual se dirimen intereses contrapuestos, razón por la cual es normal que existan palabras fuertes, las cuales deberán ser cuidadosamente analizadas para verificar si fueron expresadas con el propósito de agredir la integridad moral de la contraria mas allá de los intereses que se estaban discutiendo en el pleito.

272 Fallo ídem. (Voto de los Dres. Vázquez, Frondizi, Ferro)

273 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 22/11/2000, “M., D. E. c. I., A. A.”, DJ 2001-2, 688 - DJ 2001-3, 142 - La Ley 2001-F, 1003 - AR/JUR/5494/2000.

En sentido concordante, Sánchez Maríncolo opina que “en el ejercicio de la profesión, se batalla permanentemente y así ello debe concretarse de absoluta buena fe y con adhesión a fundamentales postulados éticos, empero considerando que el juzgamiento de la actividad de los abogados, en el ejercicio del derecho de defensa de sus patrocinados, debe necesariamente tener en cuenta que el juicio de valor que sobre ello produzcan los magistrados, al ser eminentemente subjetivos, deben admitir que existan otros juicios de valor que pueden resultar validos en el ejercicio de la actividad profesional de defensa... Por ello, la valoración de la actividad de los abogados en el ejercicio de su profesión y del “derecho de defensa” debe ser concebido por los magistrados, vertidos de absoluta buena y la vehemencia propia de tal actividad, pero carente de sentido peyorativo o injuriente. No obstante ello, y si de su examen y ponderada evaluación se aprecia la falta, debe el proceder del abogado ser sometido a cuestionamiento ético y sanción en su caso, grave si así lo amerita, pero quizás, no evaluando solamente la reparación de la posible ofensa o desdoro, con apreciación pecuniaria²⁷⁴”.

Es por ello que se sostuvo que *“es improcedente atribuir responsabilidad civil al letrado accionado por los supuestos dichos injuriosos que habría vertido respecto del abogado accionante cuando expresó al contestar un planteo judicial que fue objeto de amenazas y persecución luego de haber denunciado a varios abogados — incluido el actor— ante el Colegio de Abogados por falta de ética, si en ningún momento le imputó en forma directa el haber proferido tales amenazas en su contra²⁷⁵”*.

274 Sánchez Maríncolo, Miguel A., “La responsabilidad del abogado por expresiones vertidas sobre la actuación de magistrados en un proceso penal. La defensa en juicio. Alcances y limitaciones de esa garantía y la ética en el ejercicio de la profesión de abogado”, La Ley 14/09/2004, 4; Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 1061.

275 Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala II, 04/06/2010, “P., L. c. S., G. E.”, LLBA 2010 (diciembre), 1293, AR/JUR/59626/2010. En este fallo se juzgó que *“debe rechazarse la responsabilidad atribuida a un letrado por los supuestos daños que causó al honor del letrado accionante la denuncia penal que presentó aquél en su contra, si actuó como Presidente del Colegio de Abogados de la jurisdicción, por lo cual todo lo relacionado con esa causa así como las derivaciones de la misma no pueden imputársele a título personal”*.

Sin embargo en sentido contrario se considero que “*corresponde hacer lugar a la acción de daños y perjuicios incoada por un abogado en virtud de la denuncia efectuada en su contra ante el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados, pues la absolución del actor en sede administrativa motivada en la ausencia de elementos probatorios que avalen la falta ética denunciada demuestra que se trató de una acusación culposa que genera la responsabilidad del denunciante en los términos del art. 1109 del Código Civil*²⁷⁶”.

De igual modo, se ha tenido en cuenta, que “*aunque el escrito de contenido injuriente haya sido redactado por el abogado no se exime de responsabilidad al litigante, si no se trata de términos exclusivamente técnicos que le impidieran tomar conciencia del agravio que infería al firmar el escrito*²⁷⁷”.

5.9. Responsabilidad post contractual del abogado.

La relación abogado - cliente no se agota con la finalización de los trámites del pleito que normalmente implican la ejecución de la sentencia dictada o con el cumplimiento de la tarea encomendada, sino por el contrario, quedan pendientes algunas obligaciones a cargo de los profesionales cuya trasgresión puede generar daños a los particulares legos.

5.9.1. Conservación de la documental aportada por el cliente.

Cuando se traba la relación profesional – cliente, este último tiene el deber de colaborar acercando al primero todos los elementos probatorios que avalen su posición en el la puja de intereses que mantiene, entre ellos los documentos.

Es por ello que a partir de la recepción de los mismos por el profesional, éste se constituye en depositario y nace el deber de cus-

²⁷⁶ Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 47, 02/11/2007, “M., S. F. c. C., P. y otro”, RCyS 2008, 956 • AR/JUR/12299/2007.

²⁷⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 20/05/1997, “Sgrilletti, Héctor L. c. Martino, Guillermo D.”, AR/JUR/1136/1997.

todia de los mismos que en algunas oportunidades es transferida a los tribunales cuando se adjuntan, como prueba, los originales.

Es por ello, y mas allá del reconocimiento que se efectúe en la sentencia del derecho, el abogado es el encargado de rescatar para su cliente los elementos documentales que haya aportado.

Este incumplimiento puede generar daño a los clientes.

5.9.2. El secreto profesional.

La obligación profesional post contractual, por antonomasia, que subsiste respecto del cliente es la de mantener el secreto profesional.

El mismo nace de la obligación de confidencialidad asumida por el abogado al conocer los hechos y detalles del accionar de su cliente por la propia voz de éste que en un marco de confianza y con la finalidad de un mejor ejercicio del derecho de defensa le confía. Es por esa razón que cuando el profesional transgrede el mismo puede ocasionar perjuicios a su cliente y dar lugar al deber de resarcir los mismos.

Con mayor precisión Munilla Lacasa describe que “la relación que se entabla entre cliente y abogado es bilateral, compuesta e integral. Se genera una corriente de comunicación en ambos sentidos, fecunda y desinhibida, en la cual el cliente va abriendo poco a poco su alma, entregando hasta los más nimios detalles de los hechos materia de consulta o, en su caso, de proceso. El abogado conoce así, ilimitadamente, la intimidad de todos esos componentes, y para él ese conocimiento es sagrado, porque el cliente, al decir de Zeballos, *“le confió el destino de su vida”*. Entre otras tareas del abogado figuran las de reunir datos y coordinarlos, encontrando el hilo que los vincula; descubrir gestos y miradas; ordenar y guardar, bajo el escudo de su silencio, todos esos elementos que latén en lo más íntimo del ser. Algunas veces tendrá que penetrar en capas más recónditas, sin ofender ni lastimar. Otras veces tendrá que sosegar pasiones que enturbian el entendimiento y, con paciencia, aportar claridad y medida para percibir e incorporar las confidencias del cliente²⁷⁸”.

278 Munilla Lacasa, Hernán, “El abogado no puede ser obligado a prestar declaración testimonial si opta por guardar el secreto profesional”, La Ley 2004-D, 1104

Es por ello que resulta necesario conocer en primer lugar algunos aspectos generales del deber de confidencialidad para luego, focalizar, el estudio en el secreto profesional de los abogados concretamente.

5.9.2.1. Aspectos generales del deber de confidencialidad.

Para precisar el perfil normativo del deber de confidencialidad resulta ineludible conocer el significado de “confidencial²⁷⁹” adjetivo que indica “que se hace o se dice en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personasu, poniendo por ejemplo a una carta confidencial.

Sin lugar a duda para que se genere el deber de confidencialidad debe existir, en primer lugar, un acto de confianza por parte de uno de los contratantes por el cual transmite datos, conocimientos, circunstancias al otro que si no fuese por la vinculación jurídica generada por el pacto, no se llevaría a cabo. La recepción y manejo de la información, por el otro contratante genera el deber de conservar el secreto, el de no hacer conocer a nadie en ninguna circunstancia esos datos.²⁸⁰

279 Diccionario de la Real Academia Española on line: 1.f. Cualidad de confidencial.
http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=confidencial

280 En el mundo comercial el “deber de confidencialidad” tiene una importancia superlativa por cuanto como lo dice la parte in fine del artículo Primero de la Ley N° 24.766281, “se considerará que es contrario a los usos comerciales honestos el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción y adquisición de información no divulgada por terceros que supieran o no, por negligencia grave, que la adquisición implicaba tales practicas”

Es por ello que se reglamento en dicha norma que “las personas físicas o jurídicas podrán impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honesto, mientras dicha información reúna las siguientes condiciones: a) A, sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración, reunión precisa de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y b) Tenga un valor comercial por ser secreta; y c) Haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla, secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.

Sobre el particular, Leiva Fernández enseña que “la violación al deber de confidencialidad constituye el caso arquetípico de responsabilidad postcontractual de naturaleza jurídica contractual²⁸¹”.

Por su parte Mazeaud - Tunc, en su clásica obra ejemplifican que “en principio, desde el instante en que el contrato cesa, no puede suscitarse ya ningún problema de responsabilidad, con ocasión de ese contrato, entre los “ex contratantes”. Sin embargo, existen algunas hipótesis en las que se plantea la cuestión. Supóngase un ingeniero, u obrero o un empleado cuyo contrato de empeño llegue a su expiración. Si no lo prohíbe ninguna cláusula de ese convenio, está en libertad de volver a tomar trabajo, en principio, donde mejor le plazca. Sin embargo, en ciertos casos no se dudará en hacerle responsable con respecto a su antiguo patrono: el ingeniero que rodeado de la confianza de un industrial, ha sido puesto al corriente por él de todos los secretos de fabricación y que entra al servicio de un competidor directo, parece desde luego que debe ser condenado a abonar daños y perjuicios, aún cuando el contrato expirado no restringiera su libertad desde este punto de vista²⁸²”.

En nuestro país, siguiendo el ejemplo de Mazeaud – Tunc, Boffi Boggero nos introduce al ámbito de la naturaleza jurídica del deber incumplido de confidencialidad cuando reflexiona que “un ingeniero, obrero o empleado, cuyo contrato expira sin cláusula alguna que le impida reanudar sus tareas donde desee. Supongamos también que el ingeniero, otrora disfrutando la confianza de un industrial ha conocido todos los secretos de fabricación y entra después al servi-

Por su parte, en el artículo segundo se precisa que “la presente ley se aplicará a la información que conste en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas u otros elementos similares”.

A partir de este criterio legislativo, el art. 3 define que “toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a una información que reúna las condiciones enumeradas en el artículo 1º y sobre cuya confidencialidad se los haya prevenido, deberá abstenerse de usarla y de revelarla sin causa justificada o sin consentimiento de la persona que guarda dicha información o de su usuario autorizado”.

281 Leiva Fernández, Luis F. P., ob. cit., pág. 1336 y 1019.

282 Mazeaud, Henri y León – Tunc, André, ob. cit., pág. 169/170

cio de un competidor directo y revela los secretos. Si el contrato ya fenecido, no contenía cláusula alguna que excediera el término de duración de él, no puede hablarse de responsabilidad contractual, frente a ello es que la doctrina busca fundamentos ajenos a ese tipo de culpa²⁸³”.

Como se colige la posición de Boffi Boggero trasluce todo el clasicismo contractual marcando que las cláusulas pactadas únicamente forman parte del contenido del convenio sin aceptarse a ese momento la posibilidad de que el mismo se integrara con deberes secundarios derivados del principio de la buena fe y de la ultra actividad del convenio que impide que se frustre el fin o motivo que le dio vida al contrato.

Sin lugar a duda, la sanción de la Ley N° 24.766 de preservación de la confidencialidad para el ámbito comercial, ha desplazado a un segundo plano esta discusión por cuanto no se puede negar que su texto forma parte de los contratos como norma supletoria y su violación tiene ese origen. Ello, particularmente si se tiene en cuenta que el artículo 11 regla que “el acceso por terceros a la información de manera contraria a los usos comerciales honestos, dará derecho a quien la posea a ejercer las siguientes acciones: a) Solicitar medidas cautelares destinadas a hacer cesar las conductas ilícitas. b) Ejercer acciones civiles destinadas a prohibir el uso de la información no divulgada y obtener la reparación económica del perjuicio sufrido”.

Por ello, en este punto compartimos el criterio de Leiva Fernández cuando asevera que “por tratarse de la violación de un deber específico contenido en la ley, la naturaleza es contractual. Igualmente, si se intentase vincular la responsabilidad al contrato ya extinguido, también sería de carácter contractual porque el incumplimiento al deber de no divulgar el know how hace a impedir la frustración de la ventaja relativa obtenida a través del contrato²⁸⁴”. Sin embargo, debemos precisar que es contractual porque la norma supletoria referenciada, si no se pacta en contrario, pasa a formar parte del contenido del contrato como se ha explicado anteriormente.

283 Boffi Boggero, Luis María, “Tratado...”, cit., T° 2, pág. 204.

284 Leiva Fernández, Luis F. P., ob. cit., pág. 1336 y 1019.

Traída esta enseñanza al tema examinado en esta investigación, evidentemente sus principios son aplicables por cuanto existe entre el abogado y su cliente un contrato de prestación de servicio oneroso, por el cual conoce datos de éste y sin lugar a hesitación, asume el deber de confidencialidad que se conoce bajo la denominación de secreto profesional.

5.9.2.2. Concepto y alcance del secreto profesional.

La legalidad del secreto profesional en los abogados emerge de la norma contenida en el art. 156 del Código Penal, la cual indica que el profesional que teniendo noticias de un secreto cuya divulgación pueda causar daño no puede revelarlo sin justa causa²⁸⁵.

La difusión o propagación del dato confidencial por parte del abogado puede dar lugar a diferentes puniciones, como es por ejemplo, la penal, la administrativa cuando se le imponen sanciones disciplinarias por parte de los Colegios de Abogados o de carácter civil cuando deben resarcir el daño ocasionado al cliente por el incumplimiento de los deberes post contractuales asumidos.

Se debe tener en cuenta, como señala Durrieu siguiendo las enseñanzas de Parry que “la obligación del secreto ha sido establecida en un interés general; su violación no hiere solamente a la persona que ha confiado el secreto, hiere a la sociedad entera, porque quita a profesionales en los que la sociedad se apoya, la confianza que los debe rodear²⁸⁶”.

En cuanto a su alcance, la doctrina judicial ha sostenido que “el secreto profesional que debe guardar el abogado abarca no sólo el secreto confiado por su cliente, sino también aquel que haya conoci-

285 Art. 156 Código Penal. - Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa. (Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

286 Durrieu (h.), Roberto, “¿Debe el abogado ser incluido como sujeto obligado de informar operaciones sospechosas?”, La Ley 07/12/2004, 1; Parry, Adolfo, “Ética de la abogacía”, ED, 1962, t. II, p. 184 y sigtes. (citas tomadas por el autor de André Perraud-Charmantier).

do en el desempeño de su actividad, pudiendo tratarse tanto de un secreto comunicado como de uno advertido²⁸⁷”.

En cuanto a la propiedad del secreto Munilla Lacasa manifiesta que “el secreto pertenece a la conciencia del abogado. “Es a su conciencia y a su tacto a quienes corresponde fijar los límites que deba tener el secreto”, según palabras de Appleton. La conciencia del abogado actúa siempre por encima de los deseos del interesado, y no puede ser condicionada por ninguna otra regulación. Nadie puede negar el obvio interés del confidente en que se guarde el secreto, pero, como dice Florián, éste resulta insuficiente, pues “el deber de secreto tiene su razón de ser no en la voluntad del que lo confía, sino en la especialidad de la profesión en virtud de la cual es confiado y en la naturaleza de los deberes que, en el interés general, son impuestos a los profesionales²⁸⁸”.

Para justificar su posición argumenta, entre otros fundamentos que “si se repara que al cliente que decide relevar a su abogado del secreto confiado sólo lo inspira un interés particular, que no siempre ha de coincidir con el interés de la justicia, dualidad ésta sólo cognoscible por el abogado; si se repara que a este último lo guía el legítimo propósito de mantener incólume la confianza que en su magisterio deposita la comunidad, entelequia compuesta por cientos de hipotéticos clientes, que así verán en él una ciudadela incoercible, entonces se comprenderá, sin demasiado esfuerzo, que conceder prioridad a la decisión interesada del ocasional particular, como lo hace el Código Procesal en su artículo 244 con el eufemismo de “justa causa”, terminará por aniquilar el magisterio mismo de la abogacía y, en consecuencia, de socavar la seguridad jurídica que la nutre y ampara”.²⁸⁹

287 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, sala III, “S., C. L. y otro c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, 09/06/2005, La Ley 09/12/2005, 7, AR/JUR/4483/2005. Ver, Manchini, Héctor, “Abogados. Secreto profesional”, LLBA 2011 (abril), 296 y Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, sala II (CFedSanMartín)(SalalI), 2010-11-16, “Espinosa, Juan” ídem.

288 Munilla Lacasa, Hernán, ob. cit., La Ley 2004-D, 1104

289 Ibídem. Ver también Kent, Santiago - Biancardi, Agustín, “El abogado como posible sujeto activo del delito de lavado de dinero”, Sup. Penal 2012 (abril), 1, La Ley 2012-B.

En el repaso de la doctrina judicial no se encuentran sumarios donde se haya condenado a un abogado, como sujeto pasivo, por el incumplimiento del deber de confidencialidad al hacer público un secreto de su cliente, pero si se verifica la aplicación de sanciones éticas contra dichos comportamientos reprochables²⁹⁰, o la nulidad de actos llevados a cabo por los profesionales en contravención con la norma²⁹¹ o la condena a favor del abogado que ha sido denunciado

290 Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, “N. N.”, 14/05/1981, AR/JUR/1436/1981: *“constituye grave falta de ética profesional el procurar que un letrado viole involuntariamente el secreto profesional”*; Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados, sala II, “S., O. R.”, 21/04/1988, La Ley 1988 -D; La Ley 1988-D, 326; AR/JUR/1271/1988: *“el Código de Ética (Adla, XLVII-C, 3295), fija una serie de pautas en cuanto a los deberes fundamentales inherentes al ejercicio de la abogacía y el deber de fidelidad que el abogado debe observar para con su cliente, privilegiando en forma expresa el respeto riguroso del secreto profesional y la obligación de atender con celo los intereses que se le confían, evitando la realización de cualquier hecho o acto que puedan perjudicar los intereses del cliente. Si así no se hiciere, el abogado se encontraría expuesto a ser sancionado por infracción a claras normas éticas que está obligado a respetar. (Del voto del doctor Krasnapolski)”*

291 Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Penal Económico Nro. 2, “Malbrán, Juan J. y otra”, 14/10/2003, Sup. Penal 2004 (julio) 35, La Ley 2004-D, 199 DJ 2004-2 DJ 2004-2, 525 DJ 2004-3, 20 Sup. Penal 2004 (mayo) Sup. Penal 2004 (mayo), 71, AR/JUR/5274/2003. Para este tribunal *“resulta improcedente citar como testigos a los abogados que asesoran a los imputados respecto de los hechos objeto del proceso -en el caso, el magistrado los había citado en virtud de lo establecido por los arts. 73 y 279 Cód. Procesal Penal- si los letrados no presenciaron el hecho sino que tuvieron conocimiento del mismo en razón del desempeño de su oficio, toda vez que disponer su declaración testimonial significaría violentar el secreto profesional”*. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala A, Malbrán, Juan J. y otra, 02/03/2004, La Ley 2004-D 2004 La Ley 2004-D, 199 La Ley 07/09/2004, 4; DJ 2004-2 2006 DJ 2004-2, 526 Sup. Penal 2004 (mayo) Sup. Penal 2004 (mayo), 71, AR/JUR/239/2004. En cambio para este tribunal: *“resulta desacertado considerar que el deber de guardar secreto profesional impida escuchar a un abogado como testigo, si es a quien se lo señala como el que aconsejó a los imputados -en el caso, el juez de primera instancia lo había citado pero haciéndole saber los derechos que surgen de los arts. 73 y 279 Cód. Procesal Penal- pues la solicitud de los defensores de que se lo llame a declarar implica que se ha relevado a ese abogado del deber de guardar secreto por parte de sus clientes, que son los únicos a quienes incumbe la reserva, situación que se encuentra expresamente prevista en el art. 244 del Cód. Procesal Penal”*. Cámara Nacional de Casación Penal, sala II, Telledín, Carlos A. y otros s/rec. de casación, 19/05/2006, La Ley 10/07/2006, 9; La Ley 2006-D, 223, AR/JUR/1308/2006. En este fallo se ponderó que *“infringe la garantía del debido*

calumniosamente como incumplidor de su deber de confidencialidad²⁹².

Para cerrar el punto cabe transcribir el pensamiento de la Corte Federal sobre el tema cuando juzgó que *“la conducta del abogado que denuncia supuestos hechos ilícitos que habría conocido por obra de un cliente, acompañando evidencias documentales obtenidas durante su patrocinio letrado, viola la defensa en juicio y los derechos a la privacidad e intimidad del cliente, garantías, que deviniendo del artículo 19 de la Constitución Nacional, se cristalizan en normas tan claras y específicas como el artículo 244 del Código Procesal Penal de la Nación y del artículo 156 del Código Penal, y en otro*

*proceso la conducta del juez de instrucción, al relevar del secreto profesional a abogados defensores cuando éstos depusieron como testigos, en franca contravención con lo previsto en el art. 244 del Cód. Procesal Penal, que dispone el deber de abstención de declarar sólo puede ser relevado por el interesado*293”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B, “Cabaña Blanca S.A.”, 15/06/2006, La Ley 19/02/2007, 10; La Ley 2007-B 2007- B, 17; DJ 2007-1, 729; AR/JUR/8131/2006. En este pronunciamiento se dijo que “cabe declarar la nulidad de la declaración testimonial prestada por quien asesoró al imputado en su carácter de abogado, pues si bien la existencia de una justa causa para revelar la información conocida en el ejercicio de su profesión podría ser relevante a efectos de la configuración del delito de violación de secretos consignado en el art. 156 del Cód. Penal, dicha circunstancia no resulta conducente para examinar la validez de la declaración testimonial prestada en infracción al art. 275 inc. 4 del Cód. Procesal Penal de la Nación”.

292 Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 47, “M., S. F. c. C., P. y otro”, 02/11/2007, RCyS 2008 RCyS 2008, 956, AR/JUR/12299/2007. En este proloquio se dijo que “corresponde hacer lugar a la acción de daños y perjuicios incoada por un abogado en virtud de la denuncia efectuada en su contra ante el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados, pues la absolución del actor en sede administrativa motivada en la ausencia de elementos probatorios que avalen la falta ética denunciada demuestra que se trató de una acusación culposa que genera la responsabilidad del denunciante en los términos del art. 1109 del Código Civil”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, “M., S. F. c. Cipriano, Pedro y otros”, 18/04/2008, RCyS 2008 RCyS 2008, 953, AR/JUR/2702/2008. En este caso se dijo que “debe hacerse lugar al reclamo por daño moral impetrado por un abogado en virtud de la denuncia infundada realizada en su contra ante el Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados pues, si bien no ha quedado acreditado la existencia de dolo en el obrar del denunciante, conforme a lo establecido en el artículo 1109 del Código Civil, la acción indemnizatoria derivada de una acusación calumniosa podría resultar procedente incluso cuando el denunciante ha actuado con culpa”.

orden no menos importante, en las disposiciones que regulan el ejercicio de la profesión de abogado, cuales son los arts. 6° inc. f) de la ley 23.187 y 10 inc. h) del Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. (del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo)²⁹³".

Va de suyo que si esta conducta causó un daño al cliente, éste podría demandar la reparación del mismo si se verifican todos los presupuestos de responsabilidad enumerados y estudiados en la segunda parte de este trabajo.

293 Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Clementi, Edgar Omar y otro c. Embajada de Rusia y otros", 17/04/2007, La Ley Online, AR/JUR/3606/2007.

CUARTA PARTE

RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS

VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO PRODUCIDO

1. Introducción.

En la construcción de una sentencia de daño se determina, analizando la configuración de los presupuestos, si se puede o no imputar al profesional de la abogacía el deber de resarcir los daños producidos. En la segunda etapa y, para el caso de respuesta positiva, se procede a valorar los perjuicios reclamados y, finalmente, cuantificar los mismos.

Para esclarecer como es el proceso de elaboración de la sentencia de daño resulta oportuno transcribir el pensamiento de los tribunales cuando dijeron que *“la obligación de reparar reclamada ante la jurisdicción reconoce dos momentos trascendentes en la elaboración de la condena: el primero, la determinación de que existe la obligación de indemnizar en quienes, por aplicación de los factores de atribución subjetivo u objetivos, resulten responsable de la misma. Y segundo, la fijación de la cuantía indemnizatoria, que para ser mensu-rada ha menester tener en cuenta los aportes probatorios realizados por las partes al proceso e incluso en algunos casos, cuando estos no sean suficiente a criterio del Juez, se podrá utilizar el mecanismo autorizado por el art. 171 del C.P.C. fijando las bases para su posterior liquidación en la etapa de ejecución de sentencia”²⁹⁴*.

294 Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, Sala Primera, 02/03/1999, autos Nº 15.131 “Vargas, Isidro Alberto c/ F.G.H. S.A. – Daños y Perjuicios - Sumario”, L. de S. Tº 74, Fº 86/96; 3/09/2003; autos Nº 17.269 “Belert, Fernando Raúl c/ Herrera, José María - Daños y Perjuicios - Sumario”, L. de S. Tº 85, Fº 155/172.

En el mismo sentido se preciso que *“el derecho a la “reparación integral” de la víctima, en nuestro ordenamiento legal, tiene rango constitucional, por lo cual los considerandos deben contener los fundamentos suficientes para conceder o negar los rubros que se reclaman. El arbitrio judicial para no transformarse en arbitrariedad debe contener el correcto análisis de las cuestiones fácticas que se le plantean y precisar la clasificación y calificación (valoración) de los daños como un paso previo y necesario para, finalmente, llevar a cabo la cuantificación en dinero del daño resarcible²⁹⁵”*.

Es decir, *“no debe confundirse la valoración del daño con la cuantificación de la indemnización, se trata de dos operaciones distintas aunque fuertemente relacionadas²⁹⁶”*.

En esta Cuarta parte se valorará cuales son los daños que puede ocasionar el accionar negligente del abogado; es decir que clase de perjuicios son viables de producirse con nexo causal adecuado con el incumplimiento de los deberes contractuales asumido por el profesional. Luego, de precisado el rubro, se debe meritar la dimensión del menoscabo causado a los intereses patrimoniales o a la persona del cliente para, finalmente, traducir a dinero de curso legal, la suma que compensará el daño.

2. Breves reflexiones sobre los métodos para cuantificar.

Cuando se inicia el estudio de los métodos empleados por la doctrina judicial para llevar a cabo la cuantificación del daño, se verifica que se han ideado básicamente dos sistemas que tratan de consagrar la igualdad y la seguridad jurídica, además del principio de justicia conmutativa que en nuestro plexo normativo se consagra en el reconocimiento constitucional bajo la denominación de reparación integral.²⁹⁷

295 Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 27/08/2007, autos N° 19030 “Ramos, Estela del Carmen c/ Lucero, Víctor Hugo y otros – Daños y Perjuicios – Sumario”, L. de S. T° 97 F° 55/72. (voto Alferillo)

296 Primera Cámara en lo Civil - Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, 18/08/2001, Expte. 142224/340 – “Gallardo, Claudia Edgardo c/ Chávez - Daños y Perjuicios”, L. de S. n° 159 - Fs.255

297 Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 27/08/2007, autos N° 19030 “Ramos, Estela del Carmen c/ Lucero, Víctor Hugo y otros – Daños y Perjuicios – Sumario”, L. de S. T° 97 F° 55/72. En este pronunciamiento

En esa idea, se han pergeñado, por una parte, sistemas basados en formulas matemáticas, como la que se emplean para cuantificar algunos daños producidos a la persona, bajo la denominación de Formula Marshall, Requena, etc.²⁹⁸, para contraponerse al clásico sis-

se expuso que “el derecho a la “reparación integral” de la víctima, en nuestro ordenamiento legal, tiene rango constitucional, por lo cual los considerandos deben contener los fundamentos suficientes para conceder o negar los rubros que se reclaman. El arbitrio judicial para no transformarse en arbitrariedad debe contener el correcto análisis de las cuestiones fácticas que se le plantean y precisar la calificación y valoración (valoración) de los daños como un paso previo y necesario para, finalmente, llevar a cabo la cuantificación en dinero del daño resarcible”. (voto Alferillo).

298 Cámara Apelaciones Civil y Comercial Octava Nominación de Córdoba, Sentencia, 25/10/2005, “Ferreira Ariel Alejandro c/ Cabrera Ramón – Ordinario – Daños y Perjuicios – Accidente de Tránsito – Recurso de apelación”. En este fallo se sostuvo que “para la cuantificación del daño por pérdida de chance surgida a nota de la incapacidad deberá adoptarse la fórmula matemática Requena o Marshall abreviada, pero esta no debe ser modificada en su composición. Es que la determinación del quantum indemnizatorio incluye parámetros objetivos como la edad de la víctima, sus ingresos y el grado de incapacidad, grado que entiende -por resultar un parámetro objetivo- que se condice con la elección objetiva de la formula señalada y con la naturaleza patrimonial del rubro, debe tomarse para su cálculo el grado integro de incapacidad que realmente padece el actor, el que no debe ser disminuido. Además, el porcentaje del factor de incapacidad que contiene la formula señalada es el que ha sido determinado por las probanzas de autos, con el debido contradictorio. Por lo que -a su juicio- de imponerse una reducción al grado invalidante, resulta discrecional y se ingresa en el campo del subjetivismo propio del daño extrapatrimonial y extraño a la naturaleza del daño patrimonial de que se trata. (Voto de Liendo, en minoría)”. Segunda Cámara en lo Civil - Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, 11/07/1984, Expte.80508 “Isuani, Nilda c/ Agustín Vitale y Otro. - Daños y Perjuicios”, L. de S.072 - Fs.298. Por su parte este tribunal dijo: “no se trata de resarcir a la víctima de una pérdida de remuneraciones ni de las consecuencias de un hipotético despido, sino de reparar el perjuicio que le traerá aparejado en el mañana su incapacidad laboral. Lo que aquí se trata es de entregar a la actora una indemnización en forma de capital, suficiente para constituir una renta periódica, sustitutiva de aquella insuficiencia de ingresos laborales derivada de su incapacidad. Ahora bien el daño no actual es siempre incierto en su cuantía y, por tanto, no queda otro camino para fijarlo, tarea que no es fácil, que recurrir a una fijación prudencial y equitativa, en ejercicio de la facultad que otorga al juzgador el art. 90 inc. 7 del C.P.C.”. Tercera Cámara en lo Civil - Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, 02/02/2000, Expte. 24875, “Olivera, Ramón Florencio c/ Gentilucci, Naldo - Daños y Perjuicios”, L. de S.087 - Fs.116. En este proloquio se expuso que “la indemnización a establecer no debe seguir un cálculo lineal, sino el sistema financiero de amortización gradual progresivo que otorgue

tema empleado mayoritariamente por los tribunales argentino, denominado arbitrio judicial (prudente apreciación judicial) al cual le es exigible un razonado análisis de los motivos por los cuales se fija determinada cuantía para no incurrir en arbitrariedad.

Conocida la diferencia de criterio, del análisis efectuado a los pronunciamientos de la doctrina judicial se verifica que no se emplean las formulas matemáticas en los rubros que se entienden procedentes cuando se imputa responsabilidad resarcitoria al abogado, como es el pago de la pérdida de chance, el daño moral y el abono de los gastos del juicio frustrado.

Al respecto, y a modo de simple ejemplificación, se puede transcribir que *“la chance no ostenta el mismo grado de certidumbre que el de un efectivo lucro cesante, de ahí que el alcance de la indemnización acordada por tal concepto es problemática, y al igual que el caso del daño moral, quedará librado al prudente arbitrio judicial que debe tender a obtener una apreciación lo más precisa posible en base a pautas tales como la condición social y patrimonial del grupo familiar, la edad de la víctima y de sus progenitores, la circunstancia de que según el orden natural de las cosas a la mayoría de edad probablemente el hijo fallecido hubiera formado su propio hogar en desmedro de la ayuda económica que pudiera proporcionar a sus padres, la condición modesta o pudiente del hogar formado por los padres, entre otras²⁹⁹”*.

Del mismo modo ocurre *“en cuanto atañe a la cuantía del daño moral, se trata de una cuestión librada a la prudente apreciación judicial. Discrecionalidad judicial que no es sinónimo de arbitrariedad, pero arbitrariedad es sinónimo de capricho, voluntarismo o de*

a la víctima una renta que sustituya la incapacidad que sufre. En este aspecto, atendiendo a la edad de la víctima de cuarenta y seis años al momento del accidente, que sigue desarrollando la actividad laboral que tenía, aunque no la deportiva, con limitaciones en su integridad física con vistas de futuro, y que le resta un tiempo de diecinueve años de vida útil hasta su jubilación, la suma de veinte mil pesos a la que debe adicionarse el lucro cesante aparece generosa para cubrir ese aspecto indemnizatorio”.

299 Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, Sala Laboral y Contencioso-administrativa, 05/08/1999, “A., L. A. c/ Provincia de Tucumán”, LLNOA 2000, 1120.

un error extremo del juez así la parte que pretende en casación la modificación de la suma acordada para la reparación de un daño moral debe mostrar fehacientemente que aquella, en el caso concreto y en base a sus específicas circunstancias resulta irrisoria o bien excesiva³⁰⁰”.

Ahora bien, respecto de cómo debe realizarse la cuantificación, es oportuno recordar que el juez de mérito, es soberano para la determinación de las cuantías indemnizatorias, pero deben explicarse las razones en base a las cuales se adopta un determinado monto, por ser ese el único medio correcto para ejercer el derecho de defensa. De ello se infiere que se deberá evaluar las distintas circunstancias fácticas, objetivándolas, las pruebas producidas y legalmente incorporadas al proceso, y demás aspecto que brinden un sustento o fundamento objetivo a la sentencia, cumpliéndose de tal modo con la exigencia prevista en el código adjetivo.

En palabras de la Corte Federal, *“el juez debe juzgar con equidad en los casos particulares sometidos a su decisión y ello sólo se logra ejerciendo la virtud de prudencia animada con vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presenten, conjugando los enunciados normativos con los elementos fácticos del caso, cuyo consciente desconocimiento no se compadece con la misión de administrar justicia³⁰¹”*

En concreto y aplicable estrictamente para el tema que nos ocupa, se asevera que *“tratándose de un supuesto de responsabilidad civil del abogado, la apreciación de la entidad y suficiencia del daño quedará librada a la prudente estimación judicial, aunque únicamente constituirá un daño actual resarcible en la medida en que*

300 Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, 09/10/2007, “Valle Marta Dolores C/ Galeano Jorge Candido S/ Sumario (Daños y Perjuicios)”, ED1 - 31011987/7 sentencias 134.

301 Corte Suprema de Justicia de la Nación, C. 388. XXXIV “Cuiña, Rodolfo y otros s/ contrabando e infracción a la ley 23.771 (causa n° 39.022)”, 6/02/01, T. 324, pág. 81, LL. 3-09-01; n° 102.555; M. 390. XXXIV, “Mercedes Benz Arg. S.A.” (TF 13259-I) c/ D.G.I., 26/02/02, T. 325, pág. 217; F 177 XXXIV, “Fisco Nacional - Dirección General Impositiva c/ El Hogar Obrero Cooperativa de Consumo Edificación y Crédito Limitada”, 10/05/99, T. 322, pág. 723, ED. 18-08-99, nro. 49.433, JA. 29-12-99.

importe una probabilidad suficiente de beneficio económico que quedó frustrada y no una mera expectativa, muy general y vaga, que represente un menoscabo puramente conjetural o hipotético³⁰²”.

3. Los daños resarcibles derivados del accionar profesional del abogado.

3.1. Naturaleza contractual del daño.

En la valoración del daño teniendo en vigencia el Código Civil elaborado por Vélez Sarsfield, se debe tener en cuenta – como se expuso up supra – que la responsabilidad de los abogados por los daños ocasionados a su cliente, es contractual, razón por la cual se aplicará la normativa que regla el tipo (arts. 506, 507, 508, 512, 519, 520, 521, sig. y conc. del C.C.)

Es por ello que se juzgó que *“cuando se trata de un supuesto de responsabilidad profesional contractual -en el caso, debido a la negligencia incurrida por un abogado en la tramitación de un proceso-, la extensión del resarcimiento será más limitada, respondiendo el letrado, en principio, por las consecuencias inmediatas y sólo por las mediatas si ha existido un incumplimiento malicioso³⁰³”.*

En el proyecto de la Comisión Reformadora Dec. N° 191/11, es válido recordar, se unifica el régimen resarcitorio, cuando establece en el esbozado art. 1714 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”. Y, en el siguiente relacionado con la antijuricidad, que “cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”.

Sin perjuicio de ello y se propone en el art. 1721 que podrá existir responsabilidad contractual objetiva, “cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado”. En otras pala-

302 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 08/02/2010, “R., N. c. M. P., J. A. y otro”, La Ley Online; AR/JUR/1437/2010.

303 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, 30/03/2004, “R., S. c. G., N.”, LLBA 2004, 641, AR/JUR/882/2004.

bras, para la reforma se diferencia entre responsabilidad contractual subjetiva y objetiva, siendo la primera la regla y, la segunda, la excepción.

Ello se verifica en el art. 1768 donde se indica 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 presste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 8ª, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757”.

Ahora bien, específicamente relacionado con el tema de la valoración y cuantificación de los daños se debe tener en cuenta que el art. 1724 entiende 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. Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código “consecuencias inmediatas”. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman consecuencias “mediatas”. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman “consecuencias casuales”.

A su vez, el art. 1725 puntualiza 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”.

Estas pautas fijadas en el proyecto recepcionan los criterios elaborados por la doctrina judicial y autoral al estudiar el alcance de las consecuencias resarcibles de la responsabilidad contractual.

3.2. Resarcimiento de la chance frustrada del cliente.

3.2.1. Concepto.

En un repaso por el contenido de los pronunciamientos judiciales donde se ha condenado a los abogados por el daño causado a sus clientes, se verifica que el daño patrimonial queda limitado a la pérdida de chance de los mismos.

Ello sin duda impone el deber de precisar cual es su concepto por cuanto el art. 1069 del Código Civil de Vélez, define que el daño patrimonial comprende no solo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito y que designa con las palabras “pérdidas e intereses”. Y es, en este contexto, donde debe encuadrarse la existencia de la pérdida de chance.

En la doctrina de los autores verificamos que Zannoni define que “la chance es la posibilidad de un beneficio probable, futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Privar de esa esperanza al sujeto, conlleva daño, aun cuando pueda ser dificultoso estimar la medida de ese daño, porque lo perdido, lo frustrado, en realidad, es la chance y no el beneficio esperado, como tal³⁰⁴”.

Anteriormente Bustamante Alsina entendió que “si bien lo que daría al daño el carácter de eventual sería la probabilidad de obtener la ganancia o de evitar el perjuicio, hay, por otra parte, una circunstancia cierta: la “oportunidad” de obtener la ganancia o de evitarse el perjuicio, y esa oportunidad cierta se ha perdido por el hecho de un tercero, o a causa de la inejecución de la obligación por el deudor. Si la probabilidad hubiese tenido bastante fundamento, la pérdida de

304 Zannoni, Eduardo A., “El daño...”, cit., pág. 78. Este autor, en la pág. 76, sostiene que “cuando el daño consiste en la frustración de una esperanza, en la pérdida de una chance, de una probabilidad, existen a la vez –es decir, coexisten- un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. Certeza que, de no mediar el evento dañoso – trátase de un hecho o acto ilícito o de un incumplimiento contractual-, 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, de 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”.

ella debe indemnizarse. 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 probabilidad³⁰⁵”.

En la misma idea Márquez, recuerda que en las X Jornadas Científicas de la Magistratura realizadas en Córdoba (1994) se sostuvo como conclusión que la pérdida de la oportunidad de alcanzar un beneficio o evitar un perjuicio, tanto patrimonial como extrapatrimonial, debe ser resarcida a título de “chance”, cuando dicha oportunidad tenga una probabilidad suficiente de que se produzca. Ello por cuanto la determinación de la oportunidad –base del origen de la chance- debe efectuarse desde el juzgador, atendiendo a su realidad social y particularidades propias del medio en el cual se halla inserto. Finalmente se puntualizó que la medida de la reparación de las chances tiene inmediata vinculación con la intensidad o grado de probabilidad de la oportunidad frustrada.³⁰⁶

Para completar el concepto Orgaz, precisó que “cuando la posibilidad, en cambio, de obtener la ganancia o de evitar la pérdida era bastante fundada – o sea, cuando más que posibilidad era una “probabilidad” suficiente-, la frustración de ella debe indemnizarla el responsable; pero esta indemnización es de la “chance” misma, que el juez apreciará en concreto y no de la ganancia o de la pérdida que era el objeto de aquella, ya que no puede olvidarse que lo frustrado es propiamente la “chance”, la cual, por su propia naturaleza, es siempre problemática en su realización³⁰⁷”.

En otras palabras debemos entender que la chance es un rubro con autonomía conceptual y resarcitoria.

En ese sentido, se debe diferenciar que no es solo la pérdida de oportunidad la que configura la “chance” malograda, sino que es

305 Bustamante Alsina, Jorge, ob. cit., pág. 179.

306 Moisset de Espanés, Luis – Márquez, José Fernando, “Responsabilidad de daños y responsabilidad civil”, (Zavallía, Buenos Aires, 2009), pág. 194.

307 Orgaz, Alfredo, “El daño...” cit., pág. 67.

menester que ese quebranto contenga una posibilidad razonable de obtener la ganancia o de evitar la desventaja.

Esta diferencia es importante tenerla en cuenta pues en la caducidad de la instancia siempre existe la privación de la posibilidad de tener un pronunciamiento judicial, sea favorable o no para el cliente. En cambio, en el concepto estricto, se debe acreditar que la sentencia frustrada tenía, conforme los hechos invocados, la normativa aplicable, la jurisprudencia de la jurisdicción, posibilidades razonables de ser favorable. Mientras mayores probabilidades mayores “chances” y, por ende, mayor resarcimiento.

En la doctrina jurisdiccional, el tribunal Superior de Córdoba especificó que *“el objeto de la pérdida de chance remarcábamos radica en... la probabilidad de obtener ganancias o beneficios materiales en el futuro, frustrada como consecuencia del detrimento producido. Así, para admitir un lucro cesante es menester únicamente una certeza relativa o seria probabilidad del beneficio que el hecho ha truncado. La «chance» concluíamos no llega ni siquiera a la certeza relativa, basta una probabilidad suficiente... de lograrlos³⁰⁸”*.

En esa misma dirección se precisó que *“en el derecho de daños, la probabilidad u oportunidad de beneficio económico que cuando resulta frustrada por la culpa ajena es resarcible a título de pérdida de chance, consiste en una oportunidad o probabilidad concreta y suficiente, por lo que siendo las mismas general o vagas, nada debe resarcirse³⁰⁹”*.

En otras palabras, *“la pérdida de una oportunidad o chance constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal, que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de*

308 Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, Sent. 39, 24/05/2004, (Expte.”B”, 18/02) “Bravo, Francisco David p.s.a. Homicidio preterintencional Recurso de Casación e Inconstitucionalidad”. (Voto Tarditti)

309 Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, 22/09/2006, Sent. 161, Expte. N°25876/05 “Zapata Mario Hugo C/ Citibank N.A. y/o Organización Veraz S.A. S/ Sumario”

no haber mediado aquél; o sea que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades³¹⁰”.

3.2.2. Diferencias con el lucro cesante.

En el camino de delimitar correctamente la “chance”, como rubro integrante del deber de resarcir de los abogados condenados por mala praxis, corresponde marcar sus diferencias con el “lucro cesante”.

En esa dirección Zannoni recuerda que “puede ocurrir que el evento dañoso conduzca a que el damnificado sufra la pérdida o frustración de una expectativa o probabilidad de ganancia futura. No se trata, por supuesto, del tradicional lucro cesante, pues el daño que éste importa es cierto en la medida que el damnificado tiene un interés legítimo a la percepción de esos lucros al momento del evento dañoso. En otras palabras: el rubro lucro cesante, indemniza no la pérdida de una mera expectativa o probabilidad de beneficio económicos futuros, sino el daño que supone privar al patrimonio del damnificado de la obtención de lucros a los cuales su titular tenía derecho, es decir título, al tiempo en que acaece el *eventos damni*³¹¹”

El profesor español Medina Crespo, marca como diferencia que “el estricto lucro cesante exige su probanza mediante la demostración de la ocupación productiva a la que se dedicaba el lesionado, del período de su inactividad, del nivel de los ingresos que obtenía y de los que deja de obtener, realizándose así su ponderación *in concreto*. En cambio, el efecto patrimonial de una situación que implique la pérdida o disminución de las potencialidades económicas, sin estar referidas a unas ganancias específicas dejadas de obtener, se pondera *in abstracto*, partiendo de la prueba del impedimento³¹²”.

310 Cámara Primera Civ. y Com. de Córdoba, 22/12/03 Sent. 212, “Barale Germán Alberto c/ Municipalidad de Córdoba – Ordinario”, Revista Actualidad Jurídica General de Córdoba (Nº: 52), Actualidad Jurídica on line código: 7581

311 Zannoni, Eduardo A., “El daño...”, cit., pág. 74.

312 Medina Crespo, Mariano, “El resarcimiento del lucro cesante causado por muerte”, <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/5congreso/ponencias/marianoMedinaLucroCesante.pdf>

La cuantificación *in concreto* del lucro cesante parte de la existencia de una situación preconstituida, como podría ser la existencia de un contrato (futbolista profesional que se lesiona una pierna en un accidente de tránsito) que permite ponderar con parámetros ciertos y definidos. En cambio, en la chance no existe esa certeza inicial, sino que en función de indicios concomitantes a la frustración, se analiza *in abstracto* sobre la mayor o menor probabilidad de haber obtenido el beneficio.

Una hipótesis que coloca a la investigación en una zona gris, se puede verificar cuando se ha obtenido una sentencia favorable pero que por negligencia del profesional, en la etapa de ejecución, permite que el condenado se insolvente cuando existían posibilidades ciertas de hacer efectiva la condena.

Sin perjuicio de ello, la doctrina judicial orienta que *“el lucro cesante puede definirse, como el daño patrimonial que se configura por la pérdida de la ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos, como consecuencia directa e inmediata del hecho lesivo. En contrapartida la invalidación de la víctima cuando no ha perdido sus ingresos bien puede encuadrarse dentro del amplio concepto de la pérdida de chance³¹³”*.

Por ello, desde el principio, debe quedar en claro que *“a diferencia de un lucro cesante efectivo que supone pérdida real de ingresos, lo resarcible en materia de chance frustrada es la privación de oportunidades económicas regidas por probabilidades futuras³¹⁴”*.

Con mayor precisión se expreso que *“la indemnización del lucro cesante requiere que el evento dañoso haya causado a la víctima una pérdida inmediata de ganancias, mientras que en la indemnización por pérdida de “chance”, por el contrario, las pérdidas se exte-*

313 Cámara Octava Apelaciones Civil y Comercial de Córdoba, 25/10/2005, “Ferreira Ariel Alejandro c/ Cabrera Ramón – Ordinario – Daños y Perjuicios – Accidente de Tránsito – Recurso de apelación”. (Voto Liendo, por sus fundamentos).

314 Cámara Octava de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 07/02/2006, “Palacios, María del R. c/ López, Juan R. y otro”, LLC 2006, 838. (del voto de la doctora Junyent Bas)

rriorizan en la posibilidad y oportunidad de conseguir esas ganancias o beneficios³¹⁵”.

3.2.3. Delimitación de la chance frustrada por el accionar del abogado.

La pérdida de la chance del cliente por el accionar profesional negligente del abogado, es uno de los rubros indemnizables declarados en varios fallos. Ello es así, porque la frustración del cliente puede tener distintas escalas, sea por no haber iniciado la demanda, por perder la instancia procesal, por perder la exigibilidad de su derecho por prescripción. En el segundo caso, la pérdida de la instancia judicial, frustra básicamente el derecho del particular a obtener un pronunciamiento de la jurisdicción, sea de la primera o de la instancia revisora (cuando no se apela) en el cual se le pudo dar razón a su pretensión.

Estas circunstancias tienen influencia al momento de valorar y cuantificar el daño generado por el profesional, razón por la cual serán motivo de particular estudio.

En general se entiende que *“en cualquier caso, ya sea que actúe como patrocinante o como apoderado, la responsabilidad del abogado por el mal desempeño de sus funciones se establece por la pérdida de la “chance” que ha experimentado el cliente al no contar con el patrocinio o representación apropiados, y la cuantía de la indemnización se establece por el grado de probabilidad que en la evitación del daño causado hubiese podido tener un comportamiento correcto³¹⁶”.*

Ello por cuanto *“la chance configura un daño actual, no hipotético, resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable. Por ello, en los casos de pérdida de chance, por tratarse de una mera posibilidad, el contenido resarcitorio habrá de fijarse atendiendo a las*

315 Cámara Apelaciones Civil y Comercial Octava Nominación de Córdoba, 22/02/2001, “R., R. E. c/ Grgich Barruca, Alejandro”, La Ley 2001-D, 370 - LLC 2001, 756.

316 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 04/05/1979, “Minuzzi de García Huerga, Rosa D. c. Alconada Aramburu, Francisco y otro”, La Ley 1979-D, 21 - DJ 1979-10, 22.

*expectativas o posibilidades de éxito, como en el supuesto de un recurso no interpuesto, en la esfera de la responsabilidad profesional del abogado, o los de un caballo de carrera que no pudo correr por causa del demandado*³¹⁷”.

Otro tribunal sobre el tema sostuvo que *“la frustración de un negocio jurídico por defecto de asesoramiento legal o por la pérdida de un juicio en razón de omisiones atribuibles a errores o negligencia del profesional -en el caso, perención de instancia-, configura la pérdida de una posibilidad, de una chance entendida como la frustración de una expectativa, la que para que resulte indemnizable es necesario demostrar que con motivo del hecho se ha frustrado en forma definitiva una esperanza susceptible de apreciación pecuniaria*³¹⁸”.

Es decir, que la chance no es equivalente al monto demandado, sino que se resarce con una suma que para su determinación se debe tener en cuenta una serie de variables que influyen en mayor o menor medida, en la probabilidad de obtener la pretensión deducida. Ello implica que en la construcción de la sentencia, el juez pueda llegar a la conclusión que se han verificado los presupuestos constitutivos (daño, nexo causal, antijuricidad y factor de atribución), pero haga lugar a un resarcimiento mínimo cuando las probabilidades de obtener éxito en la reclamación sean bajas.

Antes de avanzar, corresponde precisar que si se imputa responsabilidad resarcitoria al abogado es porque se han configurado todos y cada uno de los requisitos constitutivos antes señalado, pues si faltare alguno de ellos, no existiría responsabilidad. Verbigracia, si existe culpa del abogado pero no perjuicio; si no hay nexo de causalidad entre el daño y el accionar del profesional, etc.

Por ello, el saber de los tribunales sostiene que *“el cliente que pierde un juicio por la caducidad de instancia declarada por negligencia del abogado que lo asistió, no puede pretender una indemnización igual a la suma reclamada en dicho proceso -en el caso, por*

317 Segunda Cámara Civil, Primera Circunscripción Mendoza, expte. 98098 “Bellene, Manuel Roberto Carlos Emilio Demo Ramos - Daños y Perjuicios”, 03/11/1997, LS090-462

318 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 16/08/2001, “Zuffo, Magdalena B. c. M. P., D. H.”, RCyS 2001, 895

reparación del daño sufrido a raíz del accidente acaecido durante un viaje en ómnibus-, 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 pretendido³¹⁹”.

De igual manera, “la determinación del daño indemnizable por responsabilidad civil del abogado no puede consistir, generalmente, en el importe de la operación no concretada o en el de la suma reclamada en la demanda desestimada o bien en el monto del embargo caduco o no trabado oportunamente, por ser éstos resultados que de todas maneras dependían de otras circunstancias ajenas al profesional³²⁰”.

O, que “en materia de responsabilidad civil del abogado, la indemnización no puede consistir en la suma reclamada en la demanda desestimada pues se trata de resultados que de todas maneras dependían de otras circunstancias ajenas al profesional y que ya nunca se sabrá si se iban o no a producir, con lo cual aquella ha de consistir más bien 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 fácticas³²¹”.

A partir de estas premisas básicas corresponde, en un buen ordenamiento expositivo, continuar con el examen de los parámetros que la jurisdicción emplea para determinar el monto resarcitorio de los daños ocasionados por el abogado.

3.2.4. Parámetros para cuantificar la chance frustrada.

La doctrina de los tribunales en sus pronunciamientos utilizó distintas referencias para construir el razonamiento mediante el cual llegar a precisar en dinero, la cuantía resarcitoria correspondiente a la pérdida de chance del particular afectado.

Estos parámetros serán examinados en los puntos siguientes.

319 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 26/03/2003, “Vitale, Roberto Juan c. V., A. H.”, La Ley 2003-D, 409, AR/JUR/357/2003.

320 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala I, 09/02/1999, “S., O. c. C., C.A. y otro.”, LLLitoral 1999, 750, AR/JUR/2134/1999

321 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 11/03/2010, “Forziati, Claudio Néstor c. F., A. M. y otros”, La Ley Online; AR/JUR/3724/2010

3.24.1. Se debe tener en cuenta las probabilidades de éxito de la pretensión impetrada.

Como se ha precisado, no es el monto reclamado en la demanda la suma que se debe resarcir cuando acaece la pérdida de la posibilidad de obtener un reconocimiento judicial, sino que es resarcible la chance que se mide en función de las probabilidades de éxito de la pretensión deducida.

En ese sentido, debe quedar perfectamente en claro que cuando un abogado se le imputa responsabilidad por la pérdida de la posibilidad de contar con una sentencia dictada por la jurisdicción, ya produjo un daño y el mismo consiste en haberle privado a su cliente del derecho a recibir un fallo que dirima su conflicto de interés. A ello se le suma, el costo del proceso malogrado que debe asumir el cliente por cuanto normalmente es condenado en costa. Y, también la chance de haber obtenido un pronunciamiento favorable conforme a la entidad del derecho reclamado.³²²

Para cuantificar la chance, el examen concreto a formular esta vinculado con la cuestión de fondo que se dirimía en el proceso y para ello, necesariamente, el juez que falle en el juicio de mala praxis, debe ineludiblemente considerar si el derecho frustrado tenía o no probabilidades de recibir un reconocimiento favorable en la sentencia que no se dictó, para lo cual deberá conocer la pretensión deducida, las defensas esgrimidas por la contraria, los medios probatorios con los cuales se pretendía acreditar los hechos invocados, la normativa aplicable, la correspondencia con los criterios conocidos de los tribunales de la jurisdicción donde se dirimía el pleito, etc.

Por cierto que esta carga probatoria es del cliente que demanda, es su parte la que debe demostrar que la pretensión frustrada era

322 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, “M., R. A. c. A., D. L. y otro”, 09/08/2005, La Ley 06/04/2006, AR/JUR/3995/2005. En este fallo se dijo que *La circunstancia de que en el marco de la acción de daños y perjuicios incoada contra los abogados que patrocinaron a la actora en un juicio que se extinguió por la caducidad de instancia, se haya desestimado el reclamo fundado en la pérdida de la chance de volver a peticionar ante los tribunales, no modifica el carácter de vencidos de los letrados a los fines de la imposición de costas, en tanto se admitió su responsabilidad por el actuar negligente en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación jurídica habida entre las partes*”.

jurídicamente viable y la del profesional, ya marcado por la negligencia, le corresponde explicar que aún cuando hubiera cumplido con todos los deberes profesionales no hubiera logrado el reconocimiento judicial de la pretensión por ser la misma jurídicamente inviable. Finalmente, resta por conocer y examinar, si aún con esa declaración positiva, era factible materializar en la realidad la condena judicial.

En el paso siguiente, corresponde observar como consideró la opinión judicial cuando debió analizar las probabilidades de triunfo de la pretensión malograda.

En esa idea, se sostuvo que *“si bien la pérdida de un juicio imputable a la inactividad procesal del letrado representa un daño cierto, 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”³²³*.

Del mismo modo, se precisó que *“la valuación de la indemnización por pérdida de la “chance” que corresponde otorgar al cliente que perdió un juicio debido a la caducidad de instancia declarada por negligencia del abogado, 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 -en el caso, reclamaba la reparación del daño sufrido a causa del accidente ocurrido durante un viaje en ómnibus, habiendo la demandada reconocido el evento-, la evolución de la jurisprudencia, la legislación aplicable y la complejidad de la cuestión debatida”³²⁴*.

323 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, AR/JUR/54/2004.

324 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 26/03/2003, “Vitale, Roberto Juan c. V., A. H.”, La Ley 2003-D, 409. Ver también: CNCiv., sala B, “Lorenzo, Inés c. C., P. D.”, 2001/11/29, La Ley, 2002-B, 387 - La Ley, 2002/03/12, 3; CNCiv., sala E, “C., L. A. c. S., N. L.”, 2002/03/26, La Ley, 2002-D, 209 - DJ, 2002-2, 18.388 y “Nedich, Horacio J. y otro c. Gomar, Eker F. y otro”, 1996/10/14, La Ley, 1998-E, 832, J. Agrup., caso 13.255; CNCiv., sala G, “F., R.M. c. G. de la C., O.J.”, 2001/03/29, La Ley, 2001-E, 144 - DJ, 2001-2-1187; CNCiv., sala H, “R., H. D. c. C., D. A.”, 1996/03/13, La Ley, 1997-F, 938 (39.976-S); CNCiv., sala M, “Bulhman, Faustino c. Alvarez, Liliana”, 1994/03/16, La Ley, 1995-D, 75 y “A. de B., C. c. B., S.”, 2001/03/26, RCyS, 2001-IV-137; CCiv. y Com. San Isidro, sala I, “Sthalberg, Roberto W. c. Cerrudo, Jorge E.”, 2001/10/16, LLBA, 2002-121; CCiv.

En cuanto a la existencia de probabilidades altas de éxito de la pretensión arruinada se sostuvo que *“el abogado que representaba procesalmente al reclamante en un juicio por responsabilidad extra-contractual debe abonar a éste una indemnización por pérdida de chance, si la posibilidad de que la demanda de su cliente prosperara, de no mediar su prescripción era bastante alta y seria, atento a que la existencia o materialidad del hecho dañoso en base al cual se reclamaba, así como la responsabilidad del accionado en dicho proceso resultan indiscutibles³²⁵”*.

En sentido contrario, se declaró que *“resulta improcedente el reclamo por pérdida de la chance impetrado contra un abogado que omitió apelar la sentencia que rechazó la pretensión del actor desde que, no existían posibilidades ciertas de que ésta fuera revocada en la ulterior instancia³²⁶”*.

De igual manera se explicitó que *“cuando la posibilidad de éxito de un pleito es muy remota, su frustración no es indemnizable ya que, se trata de un daño eventual o hipotético³²⁷”*. Y que *“a los fines de determinar la indemnización por pérdida de chance debida por el letrado demandado por mala praxis en la tramitación de un juicio, debe tenerse en cuenta la débil posibilidad de triunfo de la acción primigenia y la real dificultad de cobro de la reparación pretendida³²⁸”*.

3.24.2. Influencia de la negligencia profesional en la cuantificación de la chance.

Desde el momento en el cual el cliente confía al profesional la atención de su problema (caso), por cierto que el abogado asume deberes de diligencia que conducen al estudio de los antecedentes de la causa, definición de la estrategia a seguir, realizar las intimaciones

y Com. San Martín, sala II, “De Castro, Edison A. c. C., D.A.”, 1996/10/17, LLBA, 1998-555; CCiv. Com. y Minería, San Juan, sala II, “Quiroga, Ambrosia A. c. Sánchez Bustos, Martín C.”, 1992/09/02, DJ, 1993-1-737; CCiv. y Com. Rosario, sala I, “S., O. c. C.A. y otro”, 1999/02/09, LL Litoral, 1999-750.

325 Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, 22/09/2008, “Padrón., L. J. c. V., C. A. M.”, La Ley Online; AR/JUR/34006/2008.

326 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 18/05/2007, “Gari, Osvaldo Víctor c. P., V. R. y otro”, RCyS 2007, 960 - DJ 2007-III, 769, AR/JUR/2378/2007
327 Fallo ídem.

previas, impetrar la demanda, realizar las diligencia de procuración hasta obtener el pronunciamiento de la jurisdicción.

Como se colige, todas las actividades enumeradas representan deberes contractuales del abogado que debe ejecutar para no incurrir en incumplimiento, particularmente aquellos que tienen que ver con el derecho de ocurrir a la justicia que tiene el representado.

Por ello, se estimó que *“a los fines de la valuación del daño ocasionado por responsabilidad de los abogados, en tanto incurrieron en inactividad procesal -en el caso se les tuvo por desistidos de las pruebas pericial y testimonial en un juicio laboral-, lo que se indemniza no es el monto reclamado en el frustrado juicio sino que el resarcimiento debe consistir meramente en la pérdida de “chance”³²⁹”*.

De igual manera se dijo que *“cuando se repara la pérdida de chance en el caso de la pérdida de un juicio por omisiones o errores que son imputables al abogado apoderado, la indemnización no puede consistir en el logro total que se hubiera obtenido en el supuesto de ganar el pleito, sino en un importe más o menos aproximado, según las perspectivas en pro o en contra que se tengan en cada caso, de acuerdo a la valoración prudencial que debe efectuar el juez”³³⁰”*.

También que *“la falta de actuación del abogado en tiempo oportuno, frustró la chance del actor de percibir el importe de los arrendamientos y por ende debe resarcir a su ex cliente por la suma reclamada con más sus accesorios”³³¹”*.

3.2.4.3. La chance pérdida por caducidad de la instancia.

Una de las hipótesis más comunes de acaecer y, por ende, de ser tratada en tribunales es la perención de la instancia por desidia en instar el trámite a su destino final que es el dictado de la sentencia.

328 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 07/02/2005, “Ragno, Oscar A. c. L., C. A.”, RCyS 2005, 907 -, AR/JUR/143/2005

329 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 29/11/2004, “Battagliese, Juan E. c. Etcheverry, Juan C. y otro”, La Ley 30/03/2005, 7; La Ley 2005-B, 552, AR/JUR/4676/2004.

330 Fallo ídem.

331 Cám. Civ. y Com. de 7ª Nom. de Córdoba, “Patiño Porcel de Peralta Eduardo c. Calvo Francisco Javier - Ordinario - Cobro de Pesos”, Sentencia 75, 27/05/2004.

Al respecto, se ha fijado que *“el daño resarcible en los casos de responsabilidad del letrado patrocinante por caducidad de la instancia sólo puede consistir en la pérdida de “chance” o posibilidad de éxito, cuyo mayor o menor grado de probabilidad habrá de depender en cada caso de sus particulares circunstancias fácticas, debiendo considerarse en la especie que hubo imposibilidad de promover nuevamente la acción -en el caso, se reclamaba la reparación del daño sufrido por el cliente a raíz de un accidente ocurrido durante un viaje en ómnibus - por haber prescripto)”³³²”.*

En sintonía con ese precedente, se resolvió que *“el resarcimiento que corresponde otorgar a quien perdió un juicio por omisión del profesional que dejó caducar la instancia, debe consistir en la pérdida de la “chance” vinculada a la posibilidad de percibir lo reclamado o a la medida de esa posibilidad, pues se trata de poner al cliente en la situación posible más próxima a la que hubiera estado de haber actuado su abogado con diligencia”³³³”.*

Ahora bien, al momento de cuantificar el menoscabo se ha sostenido que *“a los fines de determinar la indemnización de la pérdida de “chance” debida a quien vio frustrada la posibilidad de obtener una reparación en un juicio por daños y perjuicios ante la negligencia de su abogada evidenciada en la declaración de caducidad de la instancia, debe tenerse en cuenta la probabilidad de prosperar que tenía aquella acción”³³⁴”.*

También se ha expuesto que *“la valuación de la indemnización por pérdida de la “chance” que corresponde otorgar al cliente que perdió un juicio debido a la caducidad de instancia declarada por negligencia del abogado, 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 -en el caso, reclamaba la*

332 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 26/03/2003, “Vitale, Roberto Juan c. V., A. H.”, La Ley 2003-D, 409. *(de la sentencia de primera instancia)*

333 Primera Cámara Civil, Segunda Circunscripción Mendoza, expte. 22181 “Pardo Raimundo Contra Carlos Fernández Por Ordinario”, 05/05/2008, Ubicación: LS044-235

334 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 13/05/2005, “Bellora, Juan C. c. C., M.”, La Ley 22/09/2005, 7; La Ley 2005-E, 484, AR/JUR/1219/2005.

*reparación del daño sufrido a causa del accidente ocurrido durante un viaje en ómnibus, habiendo la demandada reconocido el evento-, la evolución de la jurisprudencia, la legislación aplicable y la complejidad de la cuestión debatida*³³⁵”

En síntesis, se puede decir que “*si como consecuencia del proceso concluido por perención de instancia causada por la desatención del abogado de la actora, se indemniza la pérdida de chance, ésta constituye un daño distinto y con pautas de resarcimiento diferentes del reclamo inicial concretado en la demanda de daños y perjuicios que caducó. La indemnización de la pérdida de chance no está dada por la suma reclamada en el juicio perimido y sus intereses (aunque ella pueda servir como pauta orientadora), sino por la probabilidad mayor o menor de haber obtenido éxito en dicho proceso, probabilidad que debe ser apreciada por los jueces que conocen en el juicio de responsabilidad y los intereses correrán desde que quede firme la resolución que declara la caducidad de instancia*”³³⁶.

3.2.4.4. Importancia de la pérdida de la exigibilidad del derecho sustancial.

Los daños resarcibles derivados de la pérdida de la instancia judicial deben ser ponderados de un modo diferencial conforme a la pérdida o no del derecho sustancial del cliente, como ocurre, verbi-gracia, cuando el mismo prescribió.

Esta hipótesis se configura, normalmente, como consecuencia de la negligencia del profesional que deja perimir la instancia y, por el tiempo transcurrido, la posibilidad de instaurar nuevamente la acción se ve perjudicada por la prescripción del derecho.

Como se puede fácilmente colegir, el perjuicio producido al cliente será de mayor envergadura si se frustra definitivamente la posibilidad de reclamar el derecho judicialmente por pérdida de la

335 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 26/03/2003, “Vitale, Roberto Juan c. V., A. H.”, La Ley 2003-D, 409, AR/JUR/357/2003.

336 Cuarta Cámara Civil, Primera Circunscripción Mendoza, expje 31413 “Alvarado, Raul Vicente C/ Romero, Pablo Nicanor P/ D. y P”, 18/02/2009, LS205-230.

acción. Es decir, el resarcimiento será mayor cuando haya prescripto el derecho o se venció el plazo de caducidad sustancial para ejercerlo.

Respecto del tema se ha sostenido que *“existe responsabilidad civil del abogado por dejar perimir la instancia - forma anormal de terminar el proceso por el solo transcurso del tiempo, en razón de no haberse instado la prosecución del juicio dentro de los plazos fijados por la ley ritual - y con mayor razón si ello trae además (tal como acontece en el sublite) la pérdida del derecho sustancial como consecuencia de la prescripción extintiva operada simultáneamente³³⁷”*.

Ahora bien, con respecto a la cuantificación diferenciada se ha ponderado que *“corresponde indemnizar la lesión producida por la pérdida de la probabilidad de obtener éxito en la contienda judicial. La pérdida de la chance no se identifica con la utilidad dejada de percibir, sino que lo resarcible es la chance misma. A fin de establecer el monto por pérdida de la chance conviene distinguir si es o no factible volver a iniciar la causa. Además deben tenerse en cuenta diversos factores como la jurisprudencia, novedad de la cuestión”*.³³⁸

En otras palabras, *“para determinar la envergadura del perjuicio derivado de la perención cabe tener en cuenta que en el caso el actor ha perdido toda posibilidad de reclamar el reconocimiento y satisfacción de su crédito dado que la caducidad de la instancia conlleva la prescripción de su derecho, no obstante ello, siempre y en todos los casos la obligación profesional de los abogados no es de resultado sino de medio y en consecuencia la responsabilidad del abogado por el incumplimiento de su deber de diligencia profesional compromete su responsabilidad civil por la pérdida de una chance, más o menos cierta de éxito, según la circunstancia”*.³³⁹

337 Primera Cámara Civil, Segunda Circunscripción Mendoza, expte. 22181 “Pardo Raimundo Contra Carlos Fernández Por Ordinario”, 05/05/2008, Ubicación: LS044-235

338 Primera Cámara Civil, Primera Circunscripción Mendoza, expte. 72624 “Kim Gik Hyun F.J.E. Ordinario”, 11/12/1998, LS156-053

339 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala II, 17/10/1996, “De Castro, Edison A. c. C., D. A.”, LLBA 1998, 555, AR/JUR/1699/1996

Ello es así, pues *“los daños que el responsable debe soportar son diferentes; si la “chance” del cliente se mantiene, al no operar-se la prescripción, el curial de la mala praxis deberá indemnizar las costas del proceso, honorarios y gastos y, en ocasiones, los intereses perdidos; si la chance se extinguió, con la caducidad unida a la prescripción, la reparación deberá cubrir, como ya hemos visto, además de los rubros señalados, la pérdida de la chance de obtener éxito en el reclamo... Como se puede colegir de las argumentaciones efectuadas, le asiste razón al apelante cuando asegura que el accionar negligente de los profesionales que causó la perención de la instancia del juicio confiado a su conducción y control, configura la culpa, como factor de atribución de su responsabilidad. Por lo cual deben resarcir el daño ocasionado*³⁴⁰”.

La misma idea pero en otras palabras, quedó expresada cuando se dijo que *“el daño resarcible en los casos de responsabilidad del letrado patrocinante por caducidad de la instancia sólo puede consistir en la pérdida de “chance” o posibilidad de éxito, cuyo mayor o menor grado de probabilidad habrá de depender en cada caso de sus particulares circunstancias fácticas, debiendo considerarse en la especie que hubo imposibilidad de promover nuevamente la acción -en el caso, se reclamaba la reparación del daño sufrido por el cliente a raíz de un accidente ocurrido durante un viaje en ómnibus- por haber prescripto (de la sentencia de primera instancia)*³⁴¹”.

3.2.4.5. Trascendencia de las posibilidades ciertas de efectivizar la condena.

En el proceso de razonamiento del juez para la determinación de la cuantía resarcitoria que compensará la pérdida de la chance frustrada del cliente, debe tener en cuenta, también, las posibilidades que tenía una potencial sentencia favorable para el patrocinado de ser ejecutada con éxito.

340 Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 25-6-2004, autos 17.582, “Montaño, Isidro Feliciano c/ G., M. H. y otro s/Cobro de pesos. Ordinario”, L. de S., t. 88, fo. 51/59. (voto Dr. Alferillo)

341 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 26/03/2003, “Vitale, Roberto Juan c. V., A. H.”, La Ley 2003-D, 409, AR/JUR/357/2003

El ejemplo paradigmático se presenta cuando el condenado no tiene capacidad económica para lograr cumplir con la manda judicial aún cuando fuere de un modo forzoso.

La Corte de Justicia de San Juan, respecto del tema, consideró que *“es pacífica la jurisprudencia en el sentido de que si bien la pérdida de un juicio imputable a la inactividad procesal del abogado representa un daño cierto, 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 (L.L. 2004-C-468; 2002-B-387; 2002-D-209; 2001-E-144; entre otros). Y entre las particularidades propias del presente caso se destaca la circunstancia –que con acierto el juez de primera instancia ponderó– que el demandado en el juicio perimido no era una persona de solvencia económica, lo que hacía prever que sería improbable que pudiera afrontar el pago total de la indemnización reclamada, no descartándose que lo hubiera hecho sólo en parte³⁴²”*.

En ese pronunciamiento se especificó que *“si lo que se está analizando es la “chance” que frustró la caducidad de instancia, para determinarla resulta imprescindible determinar también hasta qué punto una eventual sentencia condenatoria pudo ser cobrada del obligado al pago. Y de las constancias de autos surge que si bien pudiera haber ocurrido, es mas, aparece como hipótesis altamente probable, que aún obteniendo una sentencia declarativa de su derecho a ser indemnizado por la demandada, el actor no pudiera haber obtenido el pago total de la condena, dada, la situación económica del deudor³⁴³”*.

342 Corte de Justicia de San Juan, Sala Primera, 12/diciembre /2005, expte. 3367 “Montaño, Isidro Feliciano c/ G., M. H. y otro s/ Cobro de pesos – Ordinario – Inconstitucionalidad”.

343 Fallo ídem. En este fallo también se dijo que *“se advierte un tono de censura a la ética profesional de los letrados demandados en el fallo del a quo cuando al momento de cuantificar el monto indemnizatorio se dice “argumentar –como lo hacen los profesionales demandados– que no hay perjuicio por la posible impotencia patrimonial del demandado, no resulta justificativo ético ni jurídico válido para abandonar el trámite del juicio...”. No puede sino compartirse la consideración; evidentemente que el profesional que tiene a su cargo un juicio no puede abandonar su trámite por el hecho de advertir que el obligado al pago*

En la jurisdicción de la provincia de Mendoza, de igual modo se conocen proloquios similares cuando se especifico, por ejemplo, que *“a efectos de determinar el monto del resarcimiento por pérdida de la chance reclamado a un letrado que dejó caducar la instancia en un juicio encomendado por el actor, no sólo debe tenerse en cuenta la probabilidad de obtener una sentencia favorable, sino también la de cumplimentarla, pues, de lo contrario, se llegaría al caso absurdo de que fuera más conveniente para el cliente que su abogado incurriera en una situación que pudiera comprometer su responsabilidad, para así asegurarse una mejor expectativa de cobro de su crédito, ante la insolvencia del demandado*³⁴⁴”.

En el mismo sentido, se detalló que *“si el demandado era insolvente la omisión del abogado que causó la pérdida de la acción no puede ser la fuente mágica que permita encontrar un patrimonio solvente. En las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguro (diciembre de 1992) se efectuó la siguiente recomendación: “los jueces al evaluar la extensión de la responsabilidad del abogado deberán tener en consideración, entre otras circunstancias, las condiciones económicas del demandado, a fin de determinar la chance real que tenía el demandado de percibir el monto reclamado*³⁴⁵”.

de la eventual condena se encuentre en estado de insolvencia. Pero también es cierto que si realmente se diera ese extremo —el de la insolvencia del obligado al pago — tal cuestión necesariamente debiera ser tenida en cuenta a los fines de determinar cual es el daño ocasionado al actor, pues no ha de perderse de vista que en proceso como el del sub lite no puede pretenderse que la indemnización coincida con el monto reclamado en el juicio caduco, pues ello se llegaría solo partiendo de la seguridad de que la demanda habría prosperado en todas sus partes y que además el monto de la condena habría de ser efectivamente cobrado por el acreedor”.

344 Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 15/02/2010, “Ramírez de Correa, Natalia c. Osorio de Bonetto, Mabel”, La Ley Online; AR/JUR/6414/2010.

345 Primera Cámara Civil, Segunda Circunscripción Mendoza, expte. 22181 “Pardo Raimundo Contra Carlos Fernández Por Ordinario”, 05/05/2008, Ubicación: LS044-235

3.2.5. Acreditación de la chance frustrada.

Conforme se ha expresado en los distintos apartados en los cuales se trató el tema de la prueba, la carga de acreditar el incumplimiento de los deberes emergentes del contrato de prestación de servicios profesionales pesa sobre la persona del cliente que reclama el resarcimiento por la mala praxis del abogado. A este, le toca demostrar la configuración de algunas de las eximentes de su responsabilidad.

En la segunda parte, el cliente deberá acreditar la dimensión del daño padecido por su parte y, al profesional, la morigeración del mismo, marcando para ello las bajas probabilidades de éxito de una sentencia favorable que tenía la pretensión del cliente mas allá de sus esfuerzos técnicos y, luego, que la misma no podría concretarse ciertamente por la insolvencia de los demandados.

Este criterio ha sido receptado en algunos fallos cuando se sostuvo que *“para la admisión de la demanda por responsabilidad contra el abogado la actora debe producir la prueba de la existencia del daño que invoca lo que no ha quedado demostrado en el caso de autos en el que los actores sostienen que la falta de demanda contra el propietario del rodado significó la imposibilidad de percibir el total del monto indemnizatorio, adjudicándole a aquél la solvencia para hacer frente al pago pero faltando la acreditación de dicha solvencia, la decisión de no demandar al titular de dominio no puede relacionarse con la consecuencia atribuida por los actores³⁴⁶”*.

La misma idea se expuso, pormenorizadamente, cuando se detalló que *“el actor se posiciona en un axioma: reclama la suma demandada en el juicio caduco como cuantía indemnizatoria, pero no acredita en autos que la procedencia integral de la demanda hubiera sido posible atendiendo los antecedentes de la causa. Y ahí radica su falencia argumental y probatoria, no sólo de su demanda sino de su expresión de agravios. Esta parte, para cumplir con los requerimientos del artículo 265 del CPC, no debe demostrar dialécticamente el error de la consideración del a quo sino que además debe acreditar la razonabilidad de su posición.*

346 Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala I, 17/09/1996, “Guzmán Marti, Armando y otra c. Efron, José V. y otro”, LLBA 1998, 235, AR/JUR/1653/1996.

El dictado de la sentencia frustrada le hubiere permitido tener e ingresar a su patrimonio al actor, una declaración con el reconocimiento de su crédito indemnizatorio que pudo o no concretarse en la realidad en función de la capacidad económica del demandado. Como se advirtió y se infiere, la capacidad económica de Ca. no era el primer ítem a ponderar para cuantificar la indemnización.

Esta falencia probatoria de la reclamación relacionada con la cuantificación del daño no implica de modo alguno que corresponda desestimar la demanda, dado que se ha probado que los profesionales son responsables civilmente del daño producido, pues con la caducidad de instancia declarada han generado, inequívocamente, perjuicio al actor que se vio frustrado de tener un reconocimiento judicial de su crédito indemnizatorio.

En este punto resultan de vital trascendencia para juzgar la cuantificación del daño, el contenido fáctico, argumental y probatorio de la pretensión frustrada en el proceso que se adjunta a esta reclamación, donde las reglas de la experiencia permiten a la jurisdicción estimar como viable, en un alto porcentaje, la reclamación efectuada.

Además de ello, argumentar –como lo hacen los profesionales demandados –que no hay perjuicio por la posible impotencia patrimonial del demandado, no resulta justificativo ético ni jurídico válido para abandonar el trámite del juicio, pues si no había expectativa económica para ellos, debieron hacer conocer esta situación a su cliente y renunciar al mandato conferido para eximirse de responsabilidad.

En la relación profesional-cliente es deber de los primeros informar todos los detalles técnicos relacionados con el caso confiado a su saber y, por cierto, no causar daño³⁴⁷”.

Se completa el concepto aseverando que “avanzando en el análisis de las quejas, en nuevo conflicto a dirimir se traslada el criterio sustentado por los profesionales demandados de que no habría daño

347 Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 25-6-2004, autos 17.582, “Montaño, Isidro Feliciano c/ M. H. y otro s/ cobro de pesos. Ordinario”, L. de S., t. 88, fo. 51/59. (voto Dr. Alferillo)

atento la insolvencia del demandado y, por el contrario, la opinión de la actora recurrente de que el daño es la cuantía de la demanda caduca.

La cuantía del daño, en los casos de caducidad de la instancia tiene, como anticipáramos al traducir la opinión de Jorge Mosset Iturraspe, dos niveles de gravedad. La primera, si junto a la caducidad del proceso no se verifica la pérdida del derecho sustancial por prescripción.

Y, la segunda, cuando la prescripción se produce como es en el presente caso.

Ahora bien, la cuantificación del daño en la sentencia es indebidamente relacionada con la capacidad económica del demandado, es decir, con la posibilidad de concretar en la realidad la cuantía que se debía ejecutar si se hubiera dictado sentencia.

El razonamiento del a quo, que el actor apelante critica, no advierte que el daño primero que deben resarcir los profesionales a consecuencia de su accionar negligente es la frustración de su derecho a que se dicte una sentencia. Es decir, los actores se han visto privados de que la jurisdicción se pronuncie sobre la pretensión deducida por su parte

Y éste es el punto, en autos; por el dictado de la caducidad queda automáticamente acreditado este daño, pero es labor de la actora traer los elementos probatorios suficientes para cuantificar las probabilidades que tenía de éxito en su reclamación perimida³⁴⁸”.

Otros tribunales han dicho que “el resarcimiento que corresponde otorgar a quien perdió un juicio por omisión del letrado patrocinante que dejó caducar la instancia -en el caso, se reclamaba la reparación del daño sufrido por el cliente a raíz del accidente acaecido durante un viaje en ómnibus-, debe consistir en la pérdida de una “chance” a cuyo respecto debe demostrarse que con motivo del hecho se frustró en forma definitiva una esperanza susceptible de apreciación pecuniaria³⁴⁹.

348 Fallo ídem.

349 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 26/03/2003, “Vitale, Roberto Juan c. V., A. H.”, La Ley 2003-D, 409, AR/JUR/357/2003.

En un fallo que merece un comentario especial se afirmó que *“los fines de determinar la indemnización por pérdida de la chance de los clientes del abogado que dejó transcurrir el plazo de prescripción sin iniciar la acción de daños y perjuicios derivados de un transporte benévolo que le había sido requerida, corresponde que los actores produzcan la prueba de la culpa del conductor, toda vez que no se da la responsabilidad objetiva prevista en el art. 1113 del Cód. Civil ni se está frente al supuesto de inversión de la carga de la prueba prevista para el transporte de pasajeros en el art. 184 del Cód. de Comercio³⁵⁰”*.

En efecto, se debe tener en cuenta que cuando se demanda por mala praxis de un abogado no se esta demandando al culpable del accidente sino al profesional responsable de que el proceso judicial no haya llegado a su fin. Es por ello que la responsabilidad de acreditar la viabilidad de la pretensión frustrada corresponde al cliente y, para ello, deberá producir la prueba necesaria para probar que los hechos invocados, el derecho aplicable y la interpretación de los tribunales competentes para conocer el asunto, le daban la razón.

Así, resulta acertado el criterio del tribunal al decir que en el juicio por mala praxis no goza de la presunciones de daño que se tiene en cuenta para resolver un accidente de tránsito, sino por el contrario, se puede llegar a tener en cuentas las presunciones *hominis* propias que surgen de un análisis racional de los hechos acreditados en juicio, como es por ejemplo que la simple declaración de la caducidad de la instancia genera el indicio de que el abogado fue negligente y ocasionó daño a su cliente porque ello sucede normalmente. Por cierto que puede quedar desvirtuado por prueba en contrario.

3.3. Resarcimiento del daño moral.

3.3.1. El concepto de daño moral.

A poco de iniciar la consulta por las ideas expuestas respecto del concepto de daño moral, se verifica una diversidad de opiniones difícil de conciliar en un criterio más o menos uniforme.

350 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 06/04/2005, “A., P. L. y otros c. Q., M. I.”, La Ley 14/07/2005, 7, AR/JUR/591/2005.

Esta circunstancia que marca inexorablemente la carencia de identidad del daño moral en su esencia ontológica.

Bustamante Alsina explica que “si el daño recae sobre un bien jurídico inmaterial atacando la vida, el cuerpo, la salud, el honor o la libertad de una persona y afecta al mismo tiempo un interés jurídico no patrimonial, el daño es moral directo. Si el mismo daño repercute en el patrimonio por la pérdida de un beneficio económico afectando así un interés jurídico patrimonial, el daño es patrimonial indirecto”. En función de ello, “el daño moral es menoscabo cuya entidad se agota en el ataque o lesión a derechos extrapatrimoniales³⁵¹”.

Por su parte Bueres, en las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan 1984), suscribió que “daño moral es el menoscabo o pérdida de un bien en sentido amplio que irroga una lesión a un interés amparado por el derecho, de naturaleza “extrapatrimonial”. Dicho interés tiene un contenido puramente espiritual (sufrimiento, dolor, aflicción, angustia, desánimo, desesperación, pérdida de la satisfacción de vivir, etc.). El llamado “daño moral objetivable” - o perjuicio que incide en la parte social del patrimonio - queda fuera del significado en análisis”.

En la misma dirección Stiglitz - Echevesti aseveran que “la noción general de daño implica la lesión o menoscabo a un interés patrimonial o extrapatrimonial, acaecido como consecuencia de una acción³⁵²”. A partir de ello, daño material es el que se ocasiona al patrimonio de la víctima, como conjunto de valores económicos (art. 2312 Cód. Civil), siendo por tanto susceptible de apreciación pecuniaria³⁵³ y “el daño moral o extrapatrimonial, es todo aquel que se

351 Bustamante Alsina, Jorge, ob. cit., pág. 239; Casiello, Juan, J., “Sobre el daño moral y otros pretendidos daños”, La Ley, 1997-A, 177; Responsabilidad civil - Doctrina esenciales, Tomo III, 79, Brebbia, Roberto, “El daño moral”, 2da. Ed. (Ed. Orbir, Rosario, 1967 (Primera edición, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1950), pág. 57 y 58.

352 Stiglitz, Gabriel - Echevesti, Carlos A., “El daño resarcible”, en “Responsabilidad Civil 9º/ Dir. Alberto J. Bueres, primera reimpresión, (Hammurabi- Buenos Aires, 1993) pág. 211.

353 Stiglitz, Gabriel - Echevesti, Carlos A., ob. cit., pág. 229, indican que quedan comprendidos tanto los supuestos de pérdida, destrucción o deterioro de bienes, como la realización de gastos o erogaciones, las ganancias frustradas como

manifiesta como alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona, por una acción atribuible a otra³⁵⁴”.

A su vez, Mayo, con un criterio que puede ser calificado como amplísimo, entiende que el daño moral contiene al tradicional *pretium doloris* y todas las posibilidades no patrimoniales que tiene el sujeto para realizar en plenitud su proyecto de vida enumerando en esta categorización al daño a la vida de relación, el daño psíquico, el estético, al perjuicio juvenil y al menoscabo sexual³⁵⁵.

Desde otra óptica, Orgaz sostenía que el concepto especial de daño debía radicar sobre las consecuencias que es lo único que interesa a los fines del resarcimiento “no hay porque atender sobre la naturaleza de los derechos lesionados, sino al daño en si mismo, esto es, a los efectos o consecuencias de la lesión”, en función de ello “cualquiera que sea la naturaleza, patrimonial o no, del derecho lesionado; y si ningún efecto tiene sobre el patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley, hay daño moral o no patrimonial³⁵⁶”.

Como se colige, los autores citados han puesto énfasis en caracterizar el daño moral en función de la clase de interés lesionado o en el tipo de consecuencia producida. Es por ello que una de las mayores preocupaciones de Pizarro cuando buscaba definir el concepto de daño moral fue, justamente, precisar su esencia cuando entendía que debía ser calibrado por lo que es antes que por lo que no es³⁵⁷.

Para concretar ese propósito, el autor citado, dijo que “el daño moral importa, pues, una minoración en la subjetividad de la perso-

consecuencia de la disminución de capacidad para el trabajo. Asimismo, toda hipótesis de menoscabo de facultades o aptitudes susceptibles de generar ventajas económicas (la vida, salud, integridad física y espiritual, etc.), e incluso, la afectación de ciertas relaciones o estados de hecho (clientelas, etc.), entre otros tantos ejemplos meramente enunciativos...

354 Stiglitz, Gabriel - Echevesti, Carlos A., ob. cit., pág. 230.

355 Mayo, Jorge A., El daño moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran” en Revista de Derecho de Daño N° 6 Daño Moral, (Editorial Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, Buenos Aires, 1999), pág. 179.

356 Orgaz, Alfredo, “El daño...” cit., pág. 200/201.

357 Pizarro, Daniel Ramón, “Daño moral. Prevención. Reparación. Punición”, 2da. Edición, Colección Responsabilidad Civil/17, (Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004), pág. 33.

na, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del 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 perjudicial³⁵⁸”.

La base de este concepto fue acuñado en la ponencia presentada por Zavala de González, en las “Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil - 1982” y sostenida, como conclusión junto con otros juristas, cuando dijeron que “A) Daño moral es una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”³⁵⁹.

La diferencia entre uno y otro, es que para Zavala de González es la consecuencia del hecho y para Pizarro es la consecuencia de la lesión a un interés no patrimonial.

Por nuestra parte³⁶⁰, partimos de considerar que en el estado actual de evolución de la ciencia médica, en especial de la psiquiatría, la antropología, etc. y la influencia de la reforma de la Constitución Nacional producida en 1994 que incorporó al máximo rango a los Derechos Humanos, se debe rescatar que el Hombre ocupa el centro de las preocupaciones del Derecho. A partir del respeto que se le debe a la persona, no se puede asimilar el concepto de “daño moral” con el de “daño extrapatrimonial”.

Así tendríamos, por un lado, el daño a la persona sobre la que pueden recaer los siguientes menoscabos: 1. A la integridad física (soma); 2. A la integridad psíquica (psique) dentro de la cual encon-

358 Pizarro, Ramón Daniel, “Daño moral...”, cit., pág. 43.

359 Esta posición fue suscripta además por Jorge Mosset Iturraspe, Sílvana Chiapero de Bas, Ramón D. Pizarro, Beatriz Junyent de Sandoval, Esteban Sandoval Luque y Gabriel Stiglitz.

360 Alferillo, Pascual Eduardo, “El desvinculo del menoscabo psíquico del daño moral”, Revista de Derecho de Daño (Rubinzal Culzoni Editores) 2009/3, pág. 29; “Trascendencia de la valuación en la cuantificación de los daños a la persona”, DJ 2007-3, 298- La Ley 2008-A, 159.

tramos al daño neuronal, psíquico y psicológico (el moral a pesar de ser un daño a la persona es siempre consecuencia); 3. A la integridad del bienestar social de la persona, por ejemplo: estética, a la vida en relación, etc. Por otro lado, en el daño patrimonial encuentran cabida todos los menoscabos producidos a los bienes, cosas y derechos de esa índole pertenecientes a la víctima que en su conjunto conforman su patrimonio.

Hasta este punto no puede existir disidencia por cuanto en la calificación se tiene en cuenta, la calidad del ente sobre el cual reca-
yó el menoscabo.

Ahora al indagar cual es el contenido del “daño consecuencia” se presentan algunas dudas al aplicarse la calificación bipolar sin explicación por cuanto entendemos que de un daño sobre un bien patrimonial se pueden derivar consecuencias de la misma índole pero también morales (*pretium doloris*), como es en el caso de la rotura de un auto de colección, una pintura histórica de la familia, etc.

Pero cual es la “consecuencia moral” de un daño a la persona. En primer lugar, cuando la conducta o hecho dañador produce el menoscabo de la integridad física, psíquica o social de la persona puede generar un perjuicio moral que consiste en una minoración de su bienestar psíquico que no llega a ser patológico.

Como se colige, el daño moral es siempre un “menoscabo consecuencia” que recae sobre la integridad de la psique de la persona, razón por la cual en algunas hipótesis puede ser, como habíamos dicho antes, consecuencia de un daño causado a la persona que se configura en la misma persona. Este es el caso de la rotura de la pierna del jugador (daño a la integridad física de la persona) que puede generar daño moral en la misma.

En otras palabras, el menoscabo moral puro no existe siempre es consecuencia de otro daño producido o, al contenido del patrimonio o, sobre la persona de la víctima que recae sobre la psique de la misma³⁶¹.

361 Borda, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil - Obligaciones”, 9na. Edición - Actualizado por Alejandro Borda, Tº I (La Ley, Ciudad Autónoma, Argentina, 2008), pág. 197. Los autores diferencian entre el puro daño moral de las consecuencias

Como dice Cipriano “el daño psíquico tiene de común con el daño moral la circunstancia de que ambos se configuran en la psique...”³⁶².

Fernández Sessarego, completa la idea señalando que “existe un concepto genérico como es el de “daño a la persona”, el mismo que comprende todos los daños, sin excepción, que puedan cometerse contra el ser humano ya sea en su unidad psicosomática o en el ejercicio de su libertad que se concreta, fundamentalmente, en el proyecto de vida. El “daño a la persona” incluye, por consiguiente el “daño psíquico”, en todas sus expresiones, y el llamado “daño moral” en cuanto daño emocional que trasunta dolor o sufrimiento. En este sentido, el “daño moral” constituye la primera grada de la escala de los variados daños psíquicos, cuyo contenido supone, a diferencia de los demás daños psíquicos, que no es ni patológico ni duradero”³⁶³.

Esta idea es receptada actualmente por Zavala de González, quién actualizando sus criterios, sostiene cuando analiza el daño moral por muerte que “una situación radica en experimentar negativamente una privación de interés personal (daño moral) y en otra se verifica la distorsión adicional de la personalidad a raíz de esa privación (trastorno psicológico). Aquella perdida crea un vacío en la vida (que prosigue con desmejoras y carencias); pero en la segunda situación la víctima se derrumba en ese vacío, que arrebató sentido a su vida misma”³⁶⁴.

o incidencias económicas del agravio moral. Sobre el particular entendemos conforme los ejemplos que dan (daño en el rostro de una persona) que el puro daño moral es un estado disvalioso (sufrimiento, depresión) que sufre la persona en su psique sin ser patológico como consecuencia de que se le menoscabó, este caso, su integridad física. Es por ello que referimos que el daño moral es siempre consecuencia.

362 Cipriano, Néstor Amílcar, “El daño psíquico (Sus diferencias con el daño moral)”, La Ley, 1990-D, 678-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 1329.

363 Fernández Sessarego, Carlos, “Nuevas reflexiones sobre el daño psíquico”, RCyS 2000, 135.

364 Zavala de González, Matilde, “Tratado de daños a las personas - Daño moral por muerte”, (Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010), pág. 20. Esta autora concluye el punto sosteniendo que “cuando el eje del trastorno radica en la tensión narcisista o en el sentimiento de culpabilidad, la pérdida del objeto no es el núcleo exclusivo del menoscabo, sino una ocasión de procesos psíquicos, que alteran la personalidad y superan el nivel de todo duelo (destinado a culminar o suavizarse en algún momento), pues anulan o merman la capacidad de sustitución”.

Como se colige, en la medida de la evolución del saber de la ciencia médica se va ajustando el concepto jurídico de daño moral, el cual luego de cumplir por largos años la función de rubro “comodín” para albergar menoscabos que no tenían explicación técnica.

En términos actuales el daño moral es el menoscabo que sufre una persona en su bienestar psíquico sin que ese estado negativo sobreviniente (tristeza, dolor, amargura, inseguridad, angustia, etc.) llegue a configurar una situación patológica permanente.³⁶⁵

Las distintas conceptualizaciones dadas por la doctrina de los autores han tenido recepción en los pronunciamientos de los tribunales, en mayor o menor medida. Ello nos excusa de transcribir sumarios relativos a ellos para ejemplificar como se definió al daño moral.

Sin perjuicio de ello, se debe tener en cuenta que en la estructura del Código de Vélez Sárfield, el daño moral de origen contractual tiene un régimen propio dado por el art. 522 donde se regla que “en los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”.³⁶⁶

365 Alferillo, Pascual E., “Reflexiones sobre el concepto y carga...”, cit.

366 Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 29/11/2010, R.A.J. y ots. c. V.M. y ots., LLGran Cuyo 2011 (febrero), 70 - LLGran Cuyo 2011 (marzo) , 114, con nota de Pascual E. Alferillo; AR/JUR/77215/2010 En este fallo se dijo que *“si bien el incumplimiento contractual revela la culpa del deudor, ello no es suficiente para acoger todo reclamo por reparación del daño moral en los supuestos de responsabilidad contractual, sino que éste debe ser probado, pues de lo contrario no tendría razón de ser la limitación determinada en el art. 522 del Código Civil para su procedencia. (Del voto en disidencia parcial de la Dra. Marsala)”*. Cám. Civ. y Com. de 7ª Nom. de Córdoba, “Patiño Porcel de Peralta Eduardo c. Calvo Francisco Javier - Ordinario - Cobro de Pesos”, Sentencia 75, 27/05/2004. En este pronunciamiento se fijo que *“No es procedente el reclamo por daño moral, porque tratándose de responsabilidad contractual, la condena por ese rubro podrá establecerse por el juzgador luego de una profunda evaluación de las circunstancias del caso”*. Cám. Civ. y Com. de 7ª Nom. de Córdoba, “Patiño Porcel de Peralta Eduardo c. Calvo Francisco Javier - Ordinario - Cobro de Pesos”, Sentencia 75, 27/05/2004. En este se juzgó que *“Si bien la inejecución de un contrato provoca incertidumbre e inquietudes, ello no es suficiente para condenar al deudor a una reparación por daño moral; y que deben descartarse reclamaciones que obedecen a una excesiva susceptibilidad o que no tienen trascendencia”*.

Cuando se analizó el alcance del artículo³⁶⁷ se dijo que a partir de procurar definir la figura, la doctrina diferencia para valorar en abstracto el daño moral de génesis contractual, entre: a) las inquietudes propias y corrientes del mundo de los negocios o demás molestias que se originan en el cumplimiento contractual y, b) la lesión de sentimientos, de afecciones o de tranquilidad anímica.

Sobre la cuestión, resultan ilustrativas las enseñanzas de Lorenzetti, quién compaginando las opiniones judiciales ha sostenido que “no cualquier inquietud, molestia, perturbación o desagrado hace procedente la indemnización, no cualquier dolor, humillación, aflicción, no cualquier desánimo originado en la lesión de bien puramente materiales”. Es decir, “no abarca los estados de ánimo debidos a riesgos que se corren diariamente en la ciudad, ni los que suceden como consecuencia del mero incumplimiento contractual, ya que son riesgos habituales de cualquier contingencia negocial, ni las que ocasiona el simple cumplimiento tardío, aunque sea verosímil que la frustración del contrato haya provocado contrariedades, ni simple molestia de tener que recurrir a un juicio, ya que las molestias deben exceder el riesgo propio del acto jurídico y ser consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento³⁶⁸”.

Esta diferencia es claramente expuesta por la Suprema Corte de Buenos Aires cuando juzgó que “*en materia contractual -donde resulta de aplicación el art. 522 del C.C. -el resarcimiento del daño moral debe ser interpretado con criterio restrictivo, para no atender reclamos que respondan a una susceptibilidad excesiva o que carezcan de significativa trascendencia jurídica, quedando a cargo de quien invoca la acreditación precisa del perjuicio que se alega haber sufrido*³⁶⁹”.

367 Alferillo, Pascual E., “El daño moral contractual y el origen de la ilicitud”, LLGran Cuyo 2011 (marzo), 113.

368 Lorenzetti, Ricardo L., “Daño moral contractual derivado de la privación de bienes”, La Ley 1988-E, 389-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo I, 1419.

369 SCBA, Ac 35579 S 22-4-1986, “Romero, Guillermo Julio c/ Leverato, Amadeo José s/ Daño moral”, AyS, 1986-I-453 – DJBA, 1986-131 - 1986-131, 34; Ac 39019 S 31-5-1988, “Godoy, Gerardo Aníbal c/ Pierre, Víctor Oscar y otra s/

Es decir, en otras palabras, *“para que sea indemnizable el daño moral en materia contractual se requiere la clara demostración de la existencia de una lesión de sentimientos, de afecciones o de tranquilidad anímica, que no pueden ni deben confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los pleitos o de los negocios”³⁷⁰*.

Otro tribunal ha interpretado que *“el resarcimiento del daño moral en materia de responsabilidad contractual es de interpretación restrictiva. Los daños en la cosa locada por parte de sus tenedores son un riesgo propio del mundo de los negocios de arriendo que determina no sean en principio resarcibles en concepto de agravio moral las consecuentes preocupaciones y molestias”³⁷¹*.

Y también que *“para la apreciación del daño moral de origen contractual se debe proceder con estricto rigor, salvo casos especiales, el incumplimiento de un contrato no da “per se” cabida al agravio en trato, también, que es a cargo de quien reclama indemnización del daño moral de este tipo su prueba concreta. El simple detrimento de los bienes materiales o un pasajero cercenamiento en las prerrogativas de su titular, sin que surgan de los elementos de juicio obrantes en autos ataque al orden afectivo o espiritual del reclamante -sea por el valor de afección de la cosa, más allá de su valor*

Daños y perjuicios”, AyS, 1988-II-241 – DJBA, 1988-135-1988-135, 87; AC 57978 S 6-8-1996, “Dos Santos, José Luis c/ Laboratorios Hetty S.R.L. s/ Daños y perjuicios”, LLBA 1996, 1001; AC 56328 S 5-8-1997, “Bernard, Tomás Diego (h) y otra c/ Banco Municipal de La Plata s/ Daños y perjuicios”, ED 182, 134 - AyS 1997 IV, 9; Ac 86205 S 6-10-2004, “Feito, Valentín c/ Asociación de Médicos de Gral. San Martín y Tres de Febrero s/ Daños y perjuicios”.

370 SCBA, Ac 39019 S 31-5-1988, “Godoy, Gerardo Aníbal c/ Pierre, Víctor Oscar y otra s/ Daños y perjuicios”, AyS, 1988-II-241 – DJBA, 1988-135-1988-135, 87; Ac 45648 S 15-10-1991, “Lucero, Dionisio Cipriano c/ Lofrano, Ricardo Alfonso s/ Rescisión de contrato y daños y perjuicios”, AyS, 1991 III, 483; AC 57978 S 6-8-1996, “Dos Santos, José Luis c/ Laboratorios Hetty S.R.L. s/ Daños y perjuicios”, LLBA, 1996 -1001; AC 56328 S 5-8-1997, “Bernard, Tomás Diego (h) y otra c/ Banco Municipal de La Plata s/ Daños y perjuicios”, ED 182, 134 - AyS 1997 IV, 9; Ac 69113 S 21-11-2001, “Martín, Liliana c/ Da Bove, Miguel s/ Resolución de contrato. Cobro de pesos. Daños y perjuicios”.

371 Cuarta Cámara en lo Civil - Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, 29/06/1987, Expte.16533 “Buterfield de Meschini, N.E. c/ Edmundo Huage y Unión Oil - Daños y Perjuicios”, L. de S.111 - Fs.262.

económico, o porque el incumplimiento ha causado agravio a bienes sin contenido patrimonial pero primordiales como la vida, la integridad física o moral, el honor a la libertad- no justifican la reparación del daño moral, en realidad inexistente, o en todo caso, confundido de tal modo que la del daño material lo cubre³⁷²”.

3.3.2. El daño moral producido por el incumplimiento contractual del abogado.

La doctrina judicial, respecto del daño moral ocasionado al cliente, derivado del incumplimiento de los deberes asumidos por el abogado, ha sostenido como regla general que *“la reparación del daño moral en materia contractual —en el caso, derivado del obrar culposo de un abogado— se encuentra normada por el art. 522 del Código Civil, sin que aparezca impuesta automáticamente cuando se trata de un incumplimiento de esa índole, sino como una posibilidad facultativa para el juzgador, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso³⁷³”.*

A partir de ello se entendió que *“el abogado demandado debe indemnizar el daño moral pretendido por un cliente en tanto se acreditó que no le abonó de forma íntegra la indemnización que obtuvo en un proceso judicial en el cual lo representó —en el caso, la indemnización correspondía al hijo del cliente por causa de un accidente— y el engaño al que lo sometió le generó dudas, desazones, desconfianzas y angustias que están del todo alejadas de las inquietudes propias y corrientes del mundo de los negocios o en las comunes molestias que se originan en el incumplimiento contractual³⁷⁴”.*

372 Cuarta Cámara en lo Civil - Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, 28/03/1989, Expte. 17666 “Carruzi, Juan c/ Edgardo Godoy Ordinario”, L. de S.115 - Fs. 206

373 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 29/12/2009, “M., P. B. c. A., P. A.”, RCyS 2010-V, 197, con nota de Tomás Ignacio González Pondal; AR/JUR/63379/2009

374 Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 29/11/2010, “R.A.J. y ots. c. V.M. y ots.”, LLGran Cuyo 2011 (febrero), 70 - LLGran Cuyo 2011 (marzo), 114, con nota de Pascual E. Alferillo; AR/JUR/77215/2010

Con la misma pauta, se declaró que *“es procedente condenar al letrado demandado a abonar al actor una suma de dinero por el daño moral que le causó la declaración de caducidad de instancia efectuada en el juicio en el cual lo patrocinó, toda vez que ello implicó para el actor la pérdida de la posibilidad de obtener una indemnización³⁷⁵”*.

En cambio se definió que *“es improcedente otorgar al actor una indemnización por daño moral con motivo del incumplimiento contractual de los abogados que lo patrocinaron en un juicio que culminó por caducidad de la instancia, pues la no admisión de ese reclamo -producto de un fallo desfavorable o bien de las contingencias procesales propias de la causa- configura una alternativa que asume todo litigante y que en todo caso constituye una derivación del incumplimiento culposos de las obligaciones contractuales contraídas por los abogados, que como tal no es apta para colegir la afectación de intereses morales³⁷⁶”*.

También que *“es improcedente otorgar una indemnización por daño moral con motivo del obrar culposos en que incurrió el demandado actuando como abogado en un juicio -en el caso, daños y perjuicios- en el que patrocinaba al actor, ya que el desagrado, las molestias y la angustia en que se vio inmerso éste forman parte de los riesgos que se corren constantemente en la vida cotidiana y no tienen la intensidad necesaria para configurar un agravio de aquella índole³⁷⁷”*.

375 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 05/10/2004, “Rodríguez, Ignacio C. c. Affatato, Néstor C.”, AR/JUR/4215/2004; CNCiv., Sala C, “Di Benedetto, Diego F. c. C., F.”, 2000/12/05, La Ley, 2001-D, 139 ; CNCiv., Sala E, “C., L.A. c. S., N.L.”, 2002/03/26, La Ley, 2002-D, 209 - DJ, 2002-2-832 y “Pinheiro de Malerba L., Esther c. Nostro, Alicia N.”, 1991/12/26, La Ley, 1993-A, 64 ; CNCiv., Sala G, “Zuffo, Magdalena B. c. M.P., D.H.”, 2001/08/16, RCyS, 2001-V-93 ; CCiv. y Com. Azul, Sala I, “L., A.R. c. G.M., M.A.”, 2000/02/24, LLBA, 2001-331.

376 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 08/02/2010, “R., N. c. M. P., J. A. y otro”, La Ley Online; AR/JUR/1437/2010

377 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 02/09/2003, “Carneiro de Trujillo, Mirta B. c. V., N.”, DJ 2004-1, 44, AR/JUR/3255/2003.

En cuanto a la prueba del daño moral existen pronunciamientos a favor y en contra de la necesidad de acreditar el daño moral contractual.

Los tribunales que entienden ineludible acreditar el menoscabo, han dicho que *“si bien el incumplimiento contractual revela la culpa del deudor, ello no es suficiente para acoger todo reclamo por reparación del daño moral en los supuestos de responsabilidad contractual, sino que éste debe ser probado, pues de lo contrario no tendría razón de ser la limitación determinada en el art. 522 del Código Civil para su procedencia³⁷⁸”*.

Por su parte quienes piensan en contrario sostienen que *“el reclamo por daño moral no necesita prueba directa en casos de delitos contra el honor, ya que se infiere a partir de la calidad objetiva de la ofensa en correlación con las circunstancias particulares de la víctima³⁷⁹”*.

Sobre el tema de la prueba, estimo que resulta conveniente, para quién reclama el menoscabo moral derivado de una mala praxis de un abogado, producir prueba suficiente del padecimiento espiritual por cuanto el mismo deriva de un incumplimiento contractual y no aquiliano.

3.4. El pago de las costas del proceso frustrado.

Las costas (sellados y honorarios de los profesionales intervinientes) del proceso judicial que se malogró por la mala praxis judicial del abogado, deben ser asumidas por el profesional como parte de la indemnización debida a su cliente. Particularmente, de los ho-

378 Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 29/11/2010, “R.A.J. y ots. c. V.M. y ots.”, (Del voto en disidencia parcial de la Dra. Marsala), LLGran Cuyo 2011 (febrero), 70 - LLGran Cuyo 2011 (marzo), 114, con nota de Pascual E. Alferillo; AR/JUR/77215/2010; Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, “Bajouth Hector y Ots. c. Trinidad Inocencio”, 14/10/2009, LLGran Cuyo 2010 (marzo), 180, AR/JUR/36922/2009; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, “Ranieri, Agustín Alberto c. De Tezanos Pinto, Manuel y otros”, 06/05/2009, La Ley Online, AR/JUR/9902/2009.

379 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Lescano, Roberto Jorge c/ Hardy, Marcos Armando”, 18/02/2004. (Voto de los Dres. Vázquez, Frondizi, Ferro)

norarios devengados por la tramitación del incidente donde se dirimió la procedencia del planteo de perención de la instancia y por la extinción o pérdida en el proceso principal.

Los tribunales se han pronunciado sosteniendo que *“corresponde responsabilizar por los 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”*³⁸⁰.

Por su parte otro tribunal entendió que *“en un caso de responsabilidad civil, derivado del hecho de que el letrado apoderado dejó perimir la instancia y por consiguiente, dado el tiempo transcurrido, también la prescripción de la acción entablada por daños y perjuicios por un ilícito civil (arts. 302 y conc., Cód. Procesal Civil y arts. 1109, 1113, 1869, 3987, 4037 y conc., Cód. Civil), corresponde que la indemnización a la actora, se limite a las costas por el proceso perdido por caducidad de la instancia, cuando la actora no ha demostrado que sin la negligencia del abogado que dejó perimir la instancia, el juicio se hubiere ganado”*³⁸¹.

De igual manera se dijo que los honorarios pactados entre la condenada en costas y su contraria deben ser resarcidos por el abogado responsable de la declaración de caducidad de la instancia. En efecto, en el fallo se consideró que *“los daños surgen como consecuencia de la imposición de costas a la accionante en el incidente de caducidad, que puso fin al juicio contencioso administrativo, debiendo afrontar el pago de los honorarios.*

Éstos fueron convenidos entre la actora y los abogados de la Provincia, mediante acuerdo. En principio, los contratos no obligan sino a las partes y no producen efectos sobre terceros ajenos al acto

380 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I, 24/02/2000, “L., A. R. c. G. M., M. A.”, LLBA 2001, 331, AR/JUR/1235/2000

381 Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Segunda, 02/09/1992, “De Quiroga, Ambrosia A. c. S.B., M.C.”, DJ 1993-1, 737, AR/JUR/1050/1992.

(arts. 1195 y 1199, Cód. Civ.). Pero en la práctica y por diversas razones, esta regla supone importantes excepciones. La repercusión que los contratos puedan tener respecto de terceros es muy variada (Borda, Obligaciones, t. II, p. 191). El perjuicio de los terceros a que se refiere el citado artículo 1195 es el que produce los efectos directos y no los indirectos o reflejos de un contrato, estos últimos son los que de hecho en forma material inciden sobre los terceros. En consecuencia entre los terceros no interesados en el acto, se distinguen aquellos cuyo derecho subjetivo se vería afectado, de los que pueden experimentar un perjuicio meramente indirecto. Ahora bien, los honorarios convenidos por la actora condenada en costas y los abogados de la demandada deben ser resarcidos a la obligada por el doctor M., en razón de que fueron ocasionados por su actuar negligente. Su derecho subjetivo no se vio afectado, por cuanto el convenio no se refiere a la distribución de las costas³⁸²”.

Sin lugar a duda, y más allá de la procedencia o no de otros rubros, cuando la negligencia profesional del abogado genera la condena en costas contra su cliente, será responsable de compensar esa suma.

En este punto cabe recordar que en algunas jurisdicciones se autoriza imponerlas directamente al profesional o en forma conjunta con su cliente como ocurre en Mendoza donde el inc. VI del art. 36 del C.P.C. Ley 2.269, estatuye que “los representantes y abogados podrán ser condenados en costas cuando actúen con notorio desconocimiento del derecho, negligencia o falta de probidad o lealtad”³⁸³.

En cambio, en la provincia de San Juan, el art. 73 del C.P.C. ordenado por Ley 8037, regla la responsabilidad del mandatario cuando establece que “el mandatario o patrocinante que por su exclusiva culpa o negligencia causare un daño a su mandante en juicio, deberá responder por ellos previo juicio de responsabilidad profesional que deberá iniciar su mandante a tales fines, todo ello sin perjuicio de la

382 Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Tercera, 5/7/2000, autos 20.714, “Raed Amín c/M. J. L. s/ Daños y perjuicios. Sumario”, L. de S., año 2000, Tº II, Fº 296/301. (voto Dr. Moya)

383 <http://www.colabogmza.com.ar/tribunet/leyes.php?nro=2269&mod=4>

aplicación de lo dispuesto en el Artículo 44³⁸⁴ al mandatario en el ejercicio del mandato o al patrocinante, en el proceso donde hubiere actuado originariamente causando el daño”.

En síntesis, en esta jurisdicción el cliente podrá reclamarle al abogado la compensación por las costas que fuere condenado, como también por la sanción pecuniaria cuando por negligencia o imprudencia del profesional hubiere sido sancionado con la multa prevista para punir el accionar con temeridad y malicia.

Como se colige, este artículo no suma facultad alguna a la que naturalmente tiene el cliente para accionar contra su abogado conferida por el Código Civil dado que deberá recurrir al proceso por mala praxis que ha sido nuestra preocupación a lo largo de esta investigación.

384 Art. 44 C.P.C. Ley 8037.-Temeridad y malicia. Cuando se declare maliciosa o temeraria la conducta asumida en el pleito o en un incidente, por quien lo perdiere total o parcialmente, el Juez podrá imponer una multa a la parte vencida o a su letrado patrocinante o a ambos conjuntamente según las circunstancias del caso. Su importe no excederá de la mitad de las costas totales del juicio o del incidente, y será a favor de la otra parte. Si el pedido de sanción fuera promovido por una de las partes, se decidirá previo traslado a la contraria.

