

APUNTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO EN EL DERECHO URUGUAYO.

PERSPECTIVA DOGMÁTICA Y JURISPRUDENCIAL

Fernando R. Barrios Migliarini (*)

“El buen abogado no es aquel hombre que tiene un ojo en cada lado y el ángulo de la contingencia, y que califica todos sus títulos, sino aquel que se entrega a tu parte tan candorosamente que puede sacarte de un apuro”

*Ralph Waldo Emerson (**)*

RESUMEN:

En el presente trabajo se considera la temática relativa a la responsabilidad civil del abogado, con especial referencia al Derecho uruguayo pero refiriendo a su vez las soluciones que en la materia ofrece el Derecho Comparado (España, Argentina, Brasil, sistemas del *common law*). Se ofrecen nociones propedéuticas sobre la historia y función social de la abogacía, se estudia el concepto y los presupuestos de la responsabilidad civil, se considera todo lo relativo a la responsabilidad civil profesional ofreciéndose ejemplos prácticos y jurisprudenciales –a nivel de Derecho Comparado– respecto de las distintas hipótesis generadoras de responsabilidad y, finalmente, se analiza la cuestión de los rubros indemnizables y la fijación del *quantum debeatur*.

(*) Procurador. Facultad de Derecho – Universidad de la República. Mención de Honor y Mención de Honor Especial Cátedra UNESCO de Derechos Humanos de la UDELAR. Premio Regional Sudamericano Gustave Moynier del CICR y la UNLP. Premio Nacional Aportando al Medio Ambiente de Hughes & Hughes Abogados. / Asociado de Hughes & Hughes Abogados. fbarrios@hughes.com.uy

(**) “The good lawyer is not that man who has an eye to every side and angle of contingency, and qualifies all his qualifications, but who throws himself on your part so heartily, that he can get you out of a scrape”.

ABSTRACT:

This work considers issues concerning civil liability of counsel, with special reference to the Uruguayan law but referring to turn the solutions that matter provides the comparative law (Spain, Argentina, Brazil, the common law systems). It offers propaedeutic notions about the history and social function of the legal profession, examines the concept and the budgets of civil liability, considers all concerning to the professional civil liability offering practical and comparative examples – at the level of comparative law - generating different assumptions regarding of liability indemnity, and finally, discusses the question of compensable items and the fixing of the *quantum debeat*.

PALABRAS CLAVE:

Abogado – Abogacía – Responsabilidad Civil – Responsabilidad Civil Profesional – Derecho de Daños – Obligaciones de medios – Obligaciones de resultado – Culpa profesional – Incumplimiento –

KEY WORDS:

Lawyer - Advocacy - Civil liability – Professional civil liability – Rights of damage – Obligations of results –Professional fault - Failure to comply obligations.

SUMARIO:

I. PRELIMINAR. MOTIVOS DEL PRESENTE TRABAJO. II. PROPEDÉUTICA. LA ABOGACÍA Y EL ABOGADO. LA PROFESIÓN DE ABOGADO. § III. LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL ABOGADO. LOS DIVERSOS FREN-
TES DE RESPONSABILIDAD. IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO. 1. Noción de Responsabilidad Civil. 2. La Responsabilidad Civil Profesional. ¿Existe una respon-
sabilidad civil profesional de carácter autónomo? 3. Las distintas especies de responsabilidad. Contractualidad y
extracontractualidad de la responsabilidad del abogado. 4. Presupuestos de la Responsabilidad Civil. 4.1. El hecho ilícito.
4.2. El factor de atribución. 4.3. El daño. 4.4. El nexo causal. IV-

A. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ABOGADO.

1. Naturaleza jurídica del vínculo profesional-cliente. 2. El haz obligacional. Los deberes del abogado. 3. Naturaleza de las obligaciones que recaen sobre el abogado. Incidencia sustancial y procesal de la cuestión. 4. El incumplimiento de las obligaciones de medios por parte del abogado. 4.1. ¿Cuándo incumple el abogado sus obligaciones (de medios)? La falta de diligencia o culpa profesional. 4.2. El standard de referencia: la figura del buen profesional. El caso del profesional especialista. 4.3. Convencionalidad y diligencia máxima. Convencionalidad y responsabilidad objetiva. 4.4. Casuística. Manifestaciones del incumplimiento. 5. El incumplimiento de las obligaciones de resultado por parte del abogado. La responsabilidad objetiva. 5.1. ¿Cuándo incumple el abogado sus obligaciones (de resultado)? La responsabilidad objetiva. 5.2. Circunstancias eximentes de responsabilidad. 5.3. Casuística. Manifestaciones del incumplimiento. IV-B. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ABOGADO. 1. Admisibilidad de supuestos de responsabilidad extracontractual del abogado. 2. ¿El abogado tiene deberes frente a terceros no clientes? V. LOS DAÑOS Y PERJUICIOS. EL QUANTUM INDEMNIZATORIO. 1. Complejidad de la cuestión del quantum debeat en la responsabilidad civil del abogado. 2. Los rubros indemnizables. 3. Los criterios para la fijación del quantum.

I. PRELIMINAR. MOTIVOS DEL PRESENTE TRABAJO.

El presente estudio procura abordar sucintamente la temática relativa a la responsabilidad civil de los abogados, exponiendo las reglas y principios generales que dominan la materia y refiriendo asimismo la jurisprudencia que sobre el particular ha venido desarrollándose paulatinamente en los últimos años.

La actualidad de la cuestión siquiera merece remarcarse; hace ya un buen tiempo que nuestros Tribunales vienen ocupándose de accionamientos basados en supuestos de responsabilidad profesional -en general- y ya desde la última década del pasado siglo comenzaron a

tener que hacer frente a demandas por responsabilidad civil entabladas contra abogados. En efecto, si bien puede decirse que los accionamientos por responsabilidad civil contra arquitectos, ingenieros y notarios abren la brecha de la jurisprudencia⁽¹⁾, y que a ellos le siguen los profesionales de la medicina⁽²⁾, lo cierto es que la responsabilidad civil de los abogados aparece en nuestro medio como el último eslabón – por el momento – de esta tendencia responsabilizadora contra los profesionales, eslabón que difícilmente se retrotraiga más allá de la década del noventa⁽³⁾.

Lo expuesto ha llevado a algunos a sostener acertadamente que la responsabilidad civil de los profesionales del Derecho aparece como *el desenlace de una crónica anunciada que llega con retraso*⁽⁴⁾, demostrando así que ya no existen profesionales “intocables”⁽⁵⁾.

(1) Hipótesis de responsabilidad decenal y de responsabilidad del arquitecto aparecen ya en el primer tomo del ADCU (c. 1150, 1152), y luego en los tomos subsiguientes (t. II, c. 440, 442; t. III, c. 667, 668, 669, 670). En cuanto a la responsabilidad civil de los notarios, puede rastrearse un fallo ya en el t. II del ADCU (c. 446), aunque luego hay que saltar al t. XV (c. 703) y después al XVIII (c. 919, 920, 921).

(2) Los accionamientos por responsabilidad civil contra médicos y profesionales de la medicina parecen retrotraerse – en nuestro medio – a las últimas dos décadas del Siglo XX. En efecto, puede hallarse una incidental referencia sobre la temática en el t. X del ADCU (c. 596), para luego hacerse ella generalizada (t. XII, c. 674, 675, 676, 677; t. XIII, c. 708, 709, 710, 711; t. XVI, c. 599, etc.). Como se ha dicho entre nosotros, y sin perjuicio de antecedentes aislados, prácticamente no existen sentencias de responsabilidad médica en el Uruguay anteriores a 1986 (MONTANO y otros, *Derecho Médico Uruguayo*, Mvdeo., 2005, p. 76).

(3) Casos de responsabilidad civil contra abogados comienzan a leerse en el t. XXIII del ADCU (c. 947) y en el t. XXVII (c. 598) (años 1992 y 1996 respectivamente). En España, por su parte, la jurisprudencia sobre el particular parece iniciarse en el año 1995 merced de la STS de fecha 17/XI/95 (CRESPO MORA, “La responsabilidad civil del abogado en el Derecho Español”, *Revista de Derecho*, nº 25, 2006, p. 259 – en nota –), si bien algún autor rastrea un precedente más antiguo en la STS de fecha 20/X/89 (REGLERO CAMPOS, “La responsabilidad civil del abogado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *AFDUDC*, 11, 2007, p. 787). Como habrá ocasión de ver más adelante (*infra* § IV-A, 4.1), en el sistema del *common law* los primeros antecedentes en la materia datan del Siglo XIX.

(4) *Cfr.* GONZÁLEZ LÓPEZ, “Responsabilidad civil en el ejercicio de la Abogacía”, *Revista Xurídica Galega*, nº 28, p. 30.

(5) REGLERO CAMPOS, “La responsabilidad...”, *cit.*, p. 787.

Indudablemente, el hecho de que la responsabilidad civil del abogado sea un fenómeno ciertamente reciente no implica en modo alguno postular que con anterioridad a las primeras reclamaciones los profesionales se comportaran en todos los casos de forma diligente y conforme a los criterios de la *lex artis*. Lo cierto es que por diversas causas⁽⁶⁾, las acciones u omisiones del abogado que causaban un daño a clientes y/o terceros evadían de la consideración de los magistrados, quedando así exentas de todo reproche y, por ende, quedando el abogado eximido de toda responsabilidad.

Empero la situación descrita ha experimentado al presente un verdadero giro copernicano. Como se ha dicho lúcidamente⁽⁷⁾, tanto la doctrina como la jurisprudencia evolucionaron suficientemente como para poder enjuiciar hoy a los otrora privilegiados profesionales.

Los motivos de esta drástica evolución en la materia son múltiples, y bien puede decirse que responden ellos, en buena parte, a los mismos principios que explican –y justifican– el notable incremento –cuantitativo y cualitativo – que ha tenido la materia de la responsabilidad civil en general, principalmente en nuestros tiempos. Como señaló a su tiempo la más autorizada doctrina⁽⁸⁾: “Esa *multiplicación de las acciones de*

(6) Trátese del fuerte corporativismo existente entre los colegiados, de la renuencia o ya falta de arraigo en el común de la sociedad en cuanto a pretender responsabilizar al letrado negligente a quien se confió un asunto, del desconocimiento de sus derechos por parte de los clientes del profesional, de la dificultad que tienen estos para advertir que han sido víctimas de mala praxis legal, etc.

(7) PADILLA-PADILLA, “Responsabilidad civil del abogado”, en AA/VV, *Edición Homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, UNL, 2005, p. 388.

(8) MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, EJEA, 1960, Parte Segunda, vol. II, p. 5. En el mismo sentido, se sostuvo posteriormente que “Para explicar la importancia cada vez mayor que adquiere la cuestión de la responsabilidad civil, el número sin cesar creciente de los litigios de responsabilidad, hay que tener también en cuenta una moderna tendencia de los espíritus a exigir la seguridad. Se quiere estar garantizado contra todo riesgo. Por consiguiente, cuando se produce un riesgo y no está cubierto por un seguro o por la Seguridad Social, se busca a cualquier precio un responsable. Allí donde antaño se soportaba el daño causado inclinándose ante el azar nefasto, se intenta hoy encontrar al autor del daño; se quiere a toda costa ser indemnizado, se pretende no soportar ya nada, no se retrocede ante las molestias y los gastos de un pleito, se proclama la injusticia cuando no se

responsabilidad civil es tanto mayor por cuanto antaño era lo más frecuente que la víctima de un daño no buscara un responsable. En la actualidad, toda víctima se esfuerza por obtener reparación”.

Sin perjuicio de lo expuesto, en la fundamentación de la responsabilidad civil de los profesionales y por ende, en la responsabilidad del abogado debe atenderse, a su vez, a otras cuestiones que explican como se dice con acierto⁽⁹⁾ que lo que hasta no hace mucho era una tímida tendencia hacia la reparación se va transformando en una corriente cada vez más acusada.

En este sentido, es a todas luces evidente que la *desmitificación* o ya la *desacralización* de la figura del profesional ha incidido decididamente en el ánimo de sus co contratantes y/o terceros a la hora de buscar responsabilizarle por los daños derivados de su negligencia y/o impericia⁽¹⁰⁾. No menor repercusión puede revestir lo que algún autor ha dado en llamar la *proletarización del profesional*, circunstancia que ha despojado al mismo de todo rasgo honorífico que otrora meritaba su distinción o ya jerarquización respecto de los demás sujetos⁽¹¹⁾. Finalmente, y en una revista que no pretende ser exhaustiva, no puede dejar de relevarse como causa del incremento de las reclamaciones por responsabilidad civil contra abogados el hecho – fácilmente constatable – de la progresiva *crisis del sistema de justicia* (lo que se traduce en una paulatina depreciación en la calidad de los servicios), fenómeno que cabe en parte

consigue reparación” (énfasis agregado) (MAZEAUD-TUNC, *Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual*, EJE, 1961, t. I, vol. I, p. 12).

(9) REGLERO CAMPOS, “La responsabilidad...”, *cit.*, p. 787.

(10) Sostiene ORDOQUI (*Responsabilidad Civil del Profesional Liberal*, FCU, 1993, p. 12): “Comenzamos por señalar que si bien el hombre de hoy en día sigue confiando a un profesional la cura de su salud, y a otro la defensa y cuidado de sus intereses patrimoniales y morales, la gran diferencia está en que *ya no mistifica ni sacraliza la profesión* sino que cada día se exige del profesional conocimientos más actualizados, especializados y profundos” (énfasis agregado). En el mismo sentido: CRESPO MORA, “La responsabilidad...”, *cit.*, p. 260, refiriendo la *pérdida del temor reverencial al profesional*.

(11) Cfr. GHERSI, *Responsabilidad Profesional. Principios Generales*, Astrea, 1995, t. I, p. 3. Sostiene el autor: “En el final de la modernidad van perdiendo el privilegio de ser y al entrar en la posmodernidad *descubren que han sido proletarizados* con el demérito que ello significa y que *se los coloca frente a la responsabilidad social, civil, patrimonial, delictual como un simple hombre de la sociedad, al lado del industrial, del empresario, del automovilista...*”.

atribuir a la consabida masificación de la profesión^(12), en parte a la sostenida degradación en la formación de profesionales^(13), y en buena

(12) El Maestro CALAMANDREI supo sentenciar a su tiempo que “La decadencia intelectual y moral de la abogacía está en íntima relación con el excesivo número de profesionales en ejercicio. La plétora que nos aflige, hace degenerar fatalmente la noble profesión forense en una forma de actividad social parasitaria en la que pululan los desplazados y los menesterosos y, a veces, hasta los indignos” (*Demasiados Abogados*, Madrid, 1926, p. 299, referencia de LÓPEZ MESA – TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad Civil de los Profesionales*, LexisNexis, 2005, p. 210).

(13) No escapa a nadie que la calidad educativa ha decrecido considerablemente en los últimos tiempos, y que por ende las Facultades de Derecho de las distintas Universidades del país no alcanzan –por lo general– a formar profesionales técnicamente capacitados para desempeñar en buena forma su labor profesional. Un análisis detenido de las causales de tal fenómeno excedería con creces los propósitos de este trabajo, sin perjuicio de lo cual debe decirse que constituiría un error buscar todos los males en la mecánica del sistema, ora en los programas de los respectivos Cursos (que parecen crecer en medida inversamente proporcional a la duración de las respectivas asignaturas), ora en la dificultad o ya imposibilidad que tienen muchos docentes para dedicarse al seguimiento regular de los Cursos o ya a la especialización y profundización en tareas de investigación, etc. A todo esto, una de las causas fundamentales de esta sostenida degradación en el nivel educativo que aqueja a nuestro ámbito universitario no debe buscarse en otro lugar que no sea en los propios alumnos, que lejos de cumplir con ese *deber de cultura en los estudiantes* de que hablara el inmortal VAZ FERREIRA (*Moral para intelectuales*, 1963, p. 25) parecen muchas veces llamados a conformarse con realizar ese mínimo esfuerzo hedonista que les permita “salvar” (y ya no aprobar) las distintas asignaturas. En efecto, que en una jocosa recopilación – realizada por un docente de esta Casa de Estudios – de respuestas vertidas por los estudiantes en diversos exámenes pudiera leerse respuestas tales como que el contrato de fianza es un contrato “de fantasía”, o que la obligación del transportista es una obligación de medios por cuanto utiliza un medio de transporte, que la compra-venta es un contrato “honroso”, que los libros de comercio deben estar “lubricados”, o ya que ante la constancia estampada por el banco en un cheque sin fondos deba procederse a romperlo, habla a las claras que un gran porcentaje de nosotros – el alumnado, futuros profesionales – simplemente visita la Facultad. El panorama lamentablemente no es muy distinto en la Argentina, donde en un test de cultura general realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Plata que aprobaron ocho estudiantes de un total de setenta y dos, se recogieron respuestas tan increíbles y disparatadas como que Auschwitz era un biólogo, que la caída del muro de Berlín coincidía con el triunfo sobre las fuerzas de Hitler, o bien que la Guerra Fría fue un conflicto donde murieron gran cantidad de soldados como consecuencia de los intensos fríos. A todo esto, y pese a su extensión, no parece inútil transcribir el siguiente párrafo de sagaces juristas argentinos: “Algún ocurrente podrá hacer juegos de palabras para desvirtuar el

parte a la mismísima conducta profesional desplegada por muchos de los propios letrados⁽¹⁴⁾.

significado de este hecho lamentable; otros podrán afirmar risueños que no es necesario para un abogado saber qué fue Auschwitz o la Guerra Fría y que la abogacía se ejerce presentando escritos en Tribunales, revisando expedientes, confeccionando cédulas para su visación, etc. Pero cualquier persona de bien y con cierta capacidad de comprensión no puede ignorar que si se comprueba que el nivel que demostró el examen platense muestra razonablemente bien el nivel actual de un buen segmento de nuestros estudiantes de derecho el problema que tenemos delante es gigantesco. Un abogado debe poseer una cultura general importante, no porque ello sea imprescindible para presentar escritos en tribunales, sino porque la posesión de ese nivel cultural demuestra que ha leído bastante, es decir, que ha estado en contacto con buenos libros, que ha sembrado en él buenas ideas y que le han puesto en condiciones de pensar por sí. Y eso sí que es imprescindible para ejercer una profesión de cualquier clase, especialmente si se trata de una ciencia social. Contrariamente a lo que piensan muchos, la abogacía no es el arte de presentar escritos edulcoradamente persuasivos, de interactuar más o menos delicadamente con las empleadas o empleados de Mesa de Entradas, de modo de obtener su favor y el acceso rápido y fácil a los expedientes; tampoco la abogacía consiste en una maratón para revisar dos veces cada semana todos los expedientes que un estudio tiene en Tribunales. Eso se llama 'procuración' y de hecho no hace falta título de abogado para practicarlo decentemente (...) La Abogacía es otra cosa: es un arte argumental; el arte de presentar los hechos que se discuten en el caso del modo en que mejor convenga a los intereses del cliente, de encasillarlos normativamente también de modo conveniente y de extraer de ambas argumentaciones las conclusiones que permiten defender mejor la posición del cliente. (...) Y para razonar y argumentar debidamente sí hace falta pensar adecuadamente y poseer cierta cultura, so riesgo de cometer permanentes falacias o no ser convincente al argumentar, al hacerlo como un picapedrero. Quienes no pueden expresarse correctamente o pensar por sí están condenados a copiar párrafos ajenos; es decir, a tomar prestados trabajos ajenos y a adaptarlos a asuntos en que intervienen. Y es sabido que en abogacía no muchos casos son iguales a otros anteriores. (...) Un abogado que se limite a copiar párrafos de autores y de sentencias en un país como el nuestro esta perdido, porque la multiplicación del número de leyes y la variabilidad de la jurisprudencia tornan tembloroso el terreno sobre el que se pisa" (LÓPEZ MESA – TRIGO RE- PRESAS, *Responsabilidad...*, cit., p. 212-213).

(14) En este sentido BORDOLI ETCHAMENDI ("Examen de algunos aspectos de la responsabilidad civil del abogado", *Revista Jurídica Regional Norte*, año 1, nº 1, p. 25), afirmando que "...en el caso particular de los abogados, el hecho de que hayan sido 'proletarizados' es en muy buena medida imputable a los propios abogados. Hoy día – agrega – se exhibe en el ejercicio profesional de algunos abogados falencias, la profesión se ha comercializado y la mediocridad en el nivel técnico es frecuente. Se llega a considerar 'la chicana' como un método admitido, que integra las reglas del juego, no se aprecia en muchos abogados, como sería de desear, que la impronta de su

Amén de su indiscutida actualidad, el tema de la responsabilidad civil de los abogados presenta una manifiesta trascendencia.

Siendo que se trata la materia de marras de una cuestión que resultaba desconocida hasta no hace mucho tiempo, y teniendo presente, a su vez y por la razón que viene de apuntarse, que el sistema de la responsabilidad civil del abogado se muestra en muchos aspectos como un verdadero Derecho *in fieri*⁽¹⁵⁾, se hacen necesarios, pues, permanentes aportes y reconsideraciones a los efectos de dotar al sistema de la mayor cantidad de – indispensables – garantías y certezas que permitan, sobre bases ciertas y firmes, el desarrollo de la importantísima labor que cumple el abogado en las sociedades modernas⁽¹⁶⁾.

En efecto, el carácter generalmente aleatorio que reviste el ámbito donde desarrolla sus funciones el abogado⁽¹⁷⁾, la importancia de los bienes jurídicos comprometidos en su labor y el triste vaticinio que las causas de responsabilidad civil contra los profesionales del Derecho irán en aumento⁽¹⁸⁾, justifican por sí solos la insistencia en el estudio y permanente examen de la temática.

labor está signada por la dignidad y el decoro de que los escritos que emanan de su pluma y suscriben tenga la seriedad, nivel técnico y fundamento necesario, para que inspire respeto en los jueces y pongan el mayor celo al tiempo de tener que decidir el caso que se somete a su decisión”.

(15) V.gr., en cuanto a los alcances del deber de informar, ora respecto a la responsabilidad civil del abogado frente a las regulaciones consumeristas, ora en torno a la existencia o inexistencia de deberes frente a terceros no clientes (*third parties*), o bien en cuanto a la responsabilidad de los escritorios colectivos o sociedades de profesionales, entre otras muchas cuestiones.

(16) Vid. *infra* § II.

(17) Sobre estas cuestiones, *infra* § IV-A, 3.

(18) Cfr. LÓPEZ MESA – TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, cit., p. 214, aludiendo a la masificación de la profesión y a la decadencia en la formación técnico-profesional como causales que dispararan las reclamaciones reparatorias en el futuro. A estas circunstancias estimamos debe agregarse un mayor recurso a los procedimientos judiciales – y por ende, mayores ocasiones para supuestos de responsabilidad – en virtud del fenómeno de la *judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales*. Sobre este tema: BAZAN, “Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos internos e interamericanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. II, 2005; TAM PÉREZ, “Apuntes sobre los intereses o

El presente estudio, por consiguiente, no pretende otra cosa que constituir una mera contribución al estudio de la temática, no estando en nuestro propósito el análisis exhaustivo de la materia^(19). Bástenos simplemente con sentar algunos criterios generales y acercar al lector parte de la jurisprudencia –nacional y comparada– que sobre el tópico en cuestión se ha venido conformando en los últimos años.

Si el presente trabajo contribuye de alguna manera al estudio e invita a la reflexión sobre la temática de marras, nuestros propósitos se verán sobradamente cumplidos.

II. PROPEDEÚTICA. LA ABOGACÍA Y EL ABOGADO. LA PROFESIÓN DE ABOGADO.

Se ha dicho con entera razón⁽²⁰⁾ que difícilmente se halle una profesión que haya suscitado tantos y tan contradictorios juicios y apreciaciones como la de abogado.

Catalogados los abogados a través de los tiempos como *seres conocedores de todas las cosas divinas y humanas*, ora como los *oráculos de la justicia*, ora como el *apoyo de la inocencia y azote del delito*, o ya como *meras sanguijuelas y venenosos reptiles*, y más allá del relativo desprestigio – sobre todo a los ojos del común de la ciudadanía – que aqueja a la profesión en los presentes días, lo cierto es que no puede ponerse en tela de juicio la

derechos individuales homogéneos en el marco de la tutela procesal efectiva”, *Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas*, Lima, 2008; DEL CARRIL, “Los derechos sociales como anomalías. Reflexiones en torno a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema inter- americano”, *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, vol. 8, 2007; MONTEIRO DE ANDRADE SILVA, “O Poder Judiciário como efetivador dos direitos fundamentais”, *Revista CEJ*, año XI, n° 37, 2007.

(19) La existencia de sendas obras nacionales abocadas a tal análisis (obras a las que seguramente muy poco o quizás nada podríamos agregar) nos eximen de tal empresa. Son referencias obligadas en nuestra doctrina los trabajos de ORDOQUI, *Responsabilidad Civil del Profesional Liberal* (ya citado) y *Responsabilidad Civil del Abogado y el Escribano*, UCUDAL, 2007. Igualmente el artículo ya citado de BORDOLI ETCHAMENDI.

(20) ZAITSEV Y POLTORAK, *La Abogacía Soviética*, Moscú, 1959, p. 63.

enorme importancia que ha revestido siempre y reviste aun hoy en nuestros días la figura del abogado⁽²¹⁾.

En efecto, abogados y juristas constituyen permanentes agentes de cambio así como auténticos gestores de la justicia, sea desde la Administración, sea desde la cátedra, sea desde la investigación o ya mismo desde los estrados⁽²²⁾. El abogado, dice la Constitución brasileña⁽²³⁾, es *indispensable para la Administración de Justicia*, y debe por ello mismo ser visto como un auténtico auxiliar de la Justicia⁽²⁴⁾, como un agente de primerísimo orden en cuanto a la vigencia de un auténtico Estado democrático de Derecho⁽²⁵⁾ y, con ello, como un agente mismo de la paz⁽²⁶⁾. Es claro, entonces, que el abogado cumple en el ejercicio de sus labores una clara *función social*⁽²⁷⁾, un *munus* público o cometido cuasipúblico⁽²⁸⁾; no se concibe el funcionamiento del sistema sin la necesaria presencia

(21) "La historia – dicen ZAITSEV Y POLTORAK – nos da numerosos ejemplos del importantísimo papel desempeñado por la abogacía en la vida de la sociedad, de épocas en que los abogados de más talento eran para sus contemporáneos la encarnación viva de todo lo avanzado y progresivo. Ello ocurría cuando tales hombres comprendían acertadamente los imperativos de los tiempos y ponían todo su saber y experiencia al servicio del progreso y de la justicia" (*La Abogacía...*, *cit.*, lug. *cit.*).

(22) BEJAR FONSECA, *Apología del Abogado*, México, 2ª ed., 1999, p. 107.

(23) Art. 133.

(24) CUETO RÚA, "El abogado como auxiliar de la Justicia", LA LEY 1988-A, p. 713 y ss.

(25) *Cfr.* DA SILVA ROCHA, "A Responsabilidade Civil do Advogado", R.SJRJ, nº 18, 2006, p. 240.

(26) LANDONI, "Proceso y Ética", RUDP 2/00, p. 229; ORDOQUI, *Responsabilidad...*, *cit.*, p. 159.

(27) "La abogacía – dice ORDOQUI – surge como la típica profesión liberal y así se desarrolla hasta nuestros días que es cuando comienza a adquirirse conciencia de su clara 'función social' en la medida que, de su correcto ejercicio, depende que se resuelvan y eviten conflictos sin lo cual no sería posible una convivencia pacífica y ordenada. La importancia de su función trasciende el plano individual, relación cliente profesional, y favorece la obtención de logros de interés general y social, haciendo prevalecer valores cardinales como la justicia, la verdad, la lealtad, la honestidad" (*Responsabilidad...*, *cit.*, p. 158).

(28) LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, *cit.*, p. 220, refiriendo las opiniones de MORELLO y de DE AGUIAR DÍAS.

de los abogados (²⁹), y es claro que si no funciona adecuadamente el proceso – como medio de composición de los litigios – queda en evidente riesgo la vigencia y efectividad misma de los derechos sustanciales (art. 14 CGP).

En una liminar revista histórica, sabido es que las funciones del abogado⁽³⁰⁾ reconocen un origen mucho más antiguo que el propio título de abogado, habiéndose sostenido que la abogacía o ya la función de abogar es casi tan antigua como la mismísima sociedad civil⁽³¹⁾. En efecto,

(²⁹) La presencia indispensable de los abogados en el proceso – en el sistema judicial mismo –, ha sido postulada por los más diversos autores, sea atendiendo al carácter dispositivo del mismo (*nemo iudex sine actore...*), sea concibiendo al profesional como un agente racionalizador del conflicto, sea como soporte colaborador del Juez en la identificación del Derecho aplicable al caso concreto, sea atendiendo a su labor de aportación de las pruebas y elementos necesarios de convicción, etc. (LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, *cit.*, ps. 220-221). Como sentenciara a su tiempo el Maestro CALAMANDREI – referencia de ORDOQUI, *Responsabilidad...*, *cit.*, p.160): “En un sistema judicial inevitablemente complicado, como lo es el de los estados civilizados modernos, la justicia no puede funcionar si no existiesen los profesionales del derecho, puesto que las dificultades de juzgar resultan enormemente acrecentadas hasta constituir obstáculos en la práctica insuperables, si el Juez, suprimidos los abogados y procuradores, viniera a quedar en contacto con la impericia jurídica y con la posible mala fe de las partes litigantes”.

(³⁰) La palabra “abogado”, según explica COROMINAS (*Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico*, Ed. Gredos, Madrid, 1980, vol. I, voz “abogado”) deriva del latín *advocatus*, participio de *advocare* (convocar, llamar en calidad de abogado), que es a su vez derivado de *vocare* (llamar). Se ha dicho también que la palabra latina *advocatus* implica una contracción de la locución *ad auxilium vocatus*, esto es, “llamado para auxiliar”, por cuanto entre los romanos era frecuente, ante negocios y asuntos difíciles que requerían el conocimiento de leyes, que cada interesado llamara en su socorro a quienes tenían un conocimiento profundo del Derecho (CABANELLAS, *Diccionario de Derecho Usual*, Heliasta, 7ª ed., vol. I, voz “abogado”; LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, *cit.*, p. 214).

(³¹) Cfr. DUPIN, *La Abogacía o el arte del Abogado*, Madrid, 1842, ps. 5-6. Igualmente: SAGAÓN INFANTE, “Historia de la Abogacía”, *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, UNAM, 1984, p. 631, sosteniendo que “el origen de esta profesión es tan antiguo como el mundo mismo, porque en todas las épocas la ignorancia ha sido patrimonio de la mayoría de los hombres y siempre la injusticia se ha ensañado en contra de ellos. Pero también en todos los tiempos algunas personas se han distinguido, por su celo y su talento y a ellos acudían los desamparados convirtiéndose en sus patrones y defensores”.

acertadamente se ha dicho que “entre todas las naciones civilizadas ha habido siempre hombres celosos y virtuosos que, siendo muy versados en los principios del derecho y de la equidad, ayudaban á los otros con sus consejos, y defendían en los juicios a los que no se encontraban en estado de defenderse por sí mismos, o que tenían menos confianza en sus propias ideas, que en las luces de estos generosos defensores”⁽³²⁾.

Bajo la Ley de la Naturaleza y luego bajo la Ley de Moisés no existían abogados conocidos o reputados tales como para defender los intereses de los habitantes de las tribus y pueblos. Existían si tribunales constituidos, aunque la defensa en ellos corría por cuenta de cada uno, pudiéndose acudir meramente al socorro de parientes y amigos⁽³³⁾. Entre los hebreos y judíos existían sabios y defensores caritativos cuyas labores de defensa podrían asimilarse muy remotamente a las de los abogados⁽³⁴⁾. Es en la India, aproximadamente cinco Siglos antes de Cristo, donde puede rastrearse un primer antecedente de la abogacía en el ministerio de los *Bracman*⁽³⁵⁾. Entre los caldeos, babilonios, persas y egipcios existían sabios y filósofos que hablaban ante el pueblo e ilustraban a los hombres con sus conocimientos y que podían ser llamados a participar en una defensa; empero, la elocuencia de que gozaban no era sino la elocuencia natural puesto que el talento de la palabra no había sido reducido aun a su condición de arte, no pudiendo en consecuencia llamárseles oradores⁽³⁶⁾. Por lo demás, en Egipto puede rastrearse el origen de la defensa por escrito, al haberse prohibido las defensas verbales luego de adquirido el arte de la escritura⁽³⁷⁾.

⁽³²⁾ DUPIN, *La Abogacía...*, *cit.*, p. 6 (la cita es textual).

⁽³³⁾ DUPIN, *cit.*, *lug. cit.*

⁽³⁴⁾ DUPIN, *cit.*, *lug. cit.*; LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, *cit.*, p. 215.

⁽³⁵⁾ Se ha afirmado – aunque la afirmación pueda ser discutible – que el primer legislador que conoce la historia es Manú, quien entregó a la civilización india una codificación de normas jurídicas perfectamente concretadas. Los encargados de estudiar, explicar y aplicar dicho cuerpo eran los *Bracman* (versículo 103) (SAGAÓN INFANTE, “Historia...”, *cit.*, p. 631).

⁽³⁶⁾ DUPIN, *cit.*, *lug. cit.*; LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, *cit.*, *lug. cit.*; SAGAÓN INFANTE, “Historia...”, *cit.*, ps. 631-632.

⁽³⁷⁾ *Cfr.* DUPIN, *cit.*, *lug. cit.*. Sostiene este autor que los egipcios habrían suprimido las defensas verbales en sus tribunales a raíz del temor que despertaba la posibilidad de que un orador sedujese a los jueces con el tono de su voz, con gestos propios y lágrimas

Es en Grecia donde la abogacía comienza a adquirir su carácter de profesión, y donde puede hallarse bajo la autoridad de Dracon y Solón su primera reglamentación, asimismo encontrarse a sus primeros cultores – Arístides, Sócrates, Demóstenes – y al primer abogado profesional de la historia – Pericles –⁽³⁸⁾.

Finalmente, en Roma se asiste a una verdadera *profesionalización de la abogacía*. Al principio, la defensa en juicio de los ciudadanos era llevada a cabo por los “patronos”, ciudadanos elegidos por la autoridad y a quienes se encomendaba justamente la defensa de sus clientes⁽³⁹⁾. Empero, el decurso del tiempo y la importancia y complejidad que fue adquiriendo el Derecho determinó la necesidad de formación de técnicos especializa-

tingidas. El hecho de que las defensas ante los tribunales debieran proponerse necesariamente por escrito, y la circunstancia de que no muchos dominaban el refulgente arte de la escritura, motivó que los que no se hallaban en condiciones de redactar por sí mismos su defensa – por ignorancia de las reglas de la escritura, o ya desconocimiento de las leyes – recurrieran a quienes poseían estos talentos, encomendándoles – tal cual acontece hoy en día – su defensa ante los magistrados.

⁽³⁸⁾ Cfr. DUPIN, *cit.*, ps. 6-7; LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, *cit.*, ps. 215-216; SAGAÓN INFANTE, “Historia...”, *cit.*, p. 632. En Grecia la elocuencia, virtud que había sido despreciada en muchas otras civilizaciones, fue cultivada cuidadosamente hasta reducirla a un arte con sus propios principios. Surgen de tal forma los primeros oradores que ilustraban al pueblo sobre diversos asuntos en plazas y lugares públicos. El uso de la elocuencia no tardó en presentarse en la defensa de las causas ante el Areópago de Atenas y otros tribunales, siendo que los oradores se apersonaban y pronunciaban por sí mismos los discursos que habían compuesto para otros. Posteriormente, algunos oradores componían oraciones para que los propios acusados las pronunciaran en defensa de su derecho. La labor de los oradores era puramente honoraria, aunque tras Antiphon comenzó a estilarse el pago de honorarios – en dinero y otros presentes – como recompensa por la defensa ejercitada. En cuanto a la reglamentación de la profesión, no podían ser oradores ni los esclavos ni las mujeres; la conducta de los oradores en el recinto del Tribunal, por su parte, estaba sujeta a diversas reglas que perseguían en todos los casos *el triunfo de la justicia* (v.gr., al principio de la audiencia un pregonero público recordaba a los oradores la obligación de conformarse con la ley, la sanción por el uso de figuras y gestos para conmovir a los magistrados, la limitación del tiempo en que podía hacerse uso de la palabra – tiempo que se fijó en tres horas que eran medidas por relojes de agua – *clepsydras* –, etc.).

⁽³⁹⁾ DUPIN, *cit.*, p. 10. Los patronos fueron así llamados como para evocar el lugar de padres de sus clientes, y para dar a entender que estos debían guardarles el mismo respeto que los hijos deben a sus progenitores, los esclavos a sus amos, y los libertos respecto de quienes le otorgaron la libertad.

dos, que si bien debían revestir el rasgo de grandes oradores, no podían solo contentarse con ello, sino que era menester adentrarse en el estudio y conocimiento de las leyes. Paulatinamente, entonces, surgen en Roma los abogados o *causidicus* (oradores encargados de las defensas judiciales) y los jurisconsultos (consultores), sujetos versados en el Derecho y que terminan por desplazar a los antiguos patronos en el ejercicio de la profesión⁽⁴⁰⁾.

Tras estos antecedentes grecoromanos, los tiempos posteriores no ofrecerán variantes de radical significación en la materia, esto es, a los efectos de explicitar el surgimiento de la profesión.

Pues bien, habiendo discurrido ya respecto de las funciones que cumple el abogado – *rectius*: las dimensiones de las mismas –, y habiendo pasado rápida revista al surgimiento y desarrollo histórico de la profesión, convienen, a manera de síntesis, dos palabras respecto de lo que debe entenderse por abogado.

Ya COUTURE, enfrentando el problema de definir qué debía entenderse por abogado y planteándose la duda de cuáles serían los rasgos del abogado paradigmático, esto es, representativo de todo el género, concluía resignadamente en la inexistencia de tal abogado, postulando así que no existe “el abogado” sino, por el contrario, infinita variedad de abogados⁽⁴¹⁾. No puede sino compartirse lo expresado por el Maestro.

(40) LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, *cit.*, p. 214. En cuanto a la reglamentación de la profesión en Roma, debe decirse que se siguieron muchos de los postulados recogidos de la práctica griega, sin perjuicio de algunas diferencias de relieve. Por lo pronto, se exigía una edad mínima de diecisiete años para ejercer la profesión, y haber estudiado Derecho por un período no menor a los cinco años. Las mujeres pudieron en un principio ejercer la abogacía, si bien después ello les fue prohibido en general, aunque a la postre se les admitiera hablar ante la justicia pero solo por sí y no por otros. En cuanto a la presencia de los abogados ante el tribunal, existían diversas regulaciones, tales como el *juramentum calumnias*, el tiempo de que podía hacerse uso de la palabra – dos horas el acusador y tres el acusado –, sanciones para los comportamientos tendientes a dilatar la causa, prohibición del pacto de *quota litis*, etc. En cuanto al ministerio de los abogados, este fue gratuito en un principio, y sin perjuicio de un sinfín de vicisitudes en cuanto al derecho de este a recibir recompensas de parte de sus clientes, fue finalmente acordada al abogado la facultad de aceptar recompensas por las defensas empeñadas. (DUPIN, *cit.*, p. 17 y ss.).

(41) LANDONI, “Proceso...”, *cit.*, p. 227.

En efecto, más allá de las distinciones – puramente fácticas – que cabe hacer entre abogados meramente titulados (o “de título”, también llamados por algún autor meros “licenciados en Derecho”⁽⁴²⁾) y los abogados en ejercicio, o ya entre los abogados patrocinantes y los asesores o consultivos, o aquellos que intervienen en la vida política y legislativa del país y aquellos que reducen su actividad a la esfera netamente privada, creemos que al momento de procurar conceptualizar la figura misma del abogado deben atenderse otros criterios de distinción atendiendo fundamentalmente a la forma en que el profesional *concibe y siente la profesión*, y aquí lógicamente podrá distinguirse entre los abogados que dignifican día a día la labor abogadil y aquellos que no, entre los abogados que rectoran su accionar conforme con la ética y la dignidad de la Justicia y aquellos que no, entre los abogados que asumen con celo y velan con responsabilidad la defensa de los intereses que se le encomiendan y aquellos que no, entre los abogados que se interesan apasionadamente en el permanente e incesante estudio del Derecho y aquellos a quienes basta lo aprendido en su pasaje por la Universidad, y, en suma, entre aquellos abogados *que aman la profesión* y aquellos que no⁽⁴³⁾.

Es claro que el abogado que se apasiona con la ciencia que profesa, y que honra los deberes que ella le impone, ama su labor⁽⁴⁴⁾, y es este el abogado que, por no ser el más frecuente en los presentes tiempos, lamentablemente no halló COUTURE; es este el abogado que debe servir

⁽⁴²⁾ OSSORIO, *El alma de la toga*, EJE, 1975, ps. 4-5.

⁽⁴³⁾ Es este el último de los celebres mandamientos de COUTURE, y que creemos de vital importancia al momento de tener que definir que debe entenderse por un abogado. En este sentido, viejas letras proverbialmente dijeron: “Y sobre todo, mis caros compañeros, amemos nuestro estado, este es el medio más seguro de lograr un buen éxito y de encontrarse feliz en él. Esforcémonos para honrar nuestra profesión, y para esto no temamos que la idea que formemos sea demasiado elevada. Jamás diremos nada de ella que pueda igualar á lo que han dicho antes de nosotros los más ilustres magistrados. Este sentimiento no puede imputárenos á vanidad; porque él no produce para nosotros sino obligaciones. Exaltar esta noble profesión, es confesar que nosotros no podemos llenar sino muy difícilmente los deberes y sacrificios que ella impone, ni corresponder dignamente á todo lo que ella exige de capacidad, de aplicación y de propio desprendimiento” (la cita es textual)(DUPIN, *La Abogacía...*, cit., p. VI).

⁽⁴⁴⁾ Pues como enseñó sabiamente MOLIÉRAC a sus colegas, “conocer nuestra profesión, es amarla” (*Iniciación a la Abogacía*, Porrúa, 1990, p. 9).

de referencia a la hora de tener que responder quien debe ser reputado como un (auténtico) abogado.

Juzgamos que el profesional del Derecho, en cualesquiera de sus manifestaciones, siempre debe revestir condiciones de espíritu que ratifiquen su merecimiento de ser reputado como un auténtico abogado, como un letrado, como un jurisconsulto, o ya como un jurista. La probidad, la diligencia, el estudio, es nota definitoria de toda esta clase de profesionales, y allí donde faltan ellas no puede seriamente – merced de banalizar los conceptos – hablarse de un verdadero y genuino profesional del Derecho. En este sentido, ya apuntaba BARCIA en su *Diccionario*^(45), que “el *abogado* debe ser probo, diligente, entusiasta; el *letrado*, estudioso; el *jurisconsulto*, prudente; el *jurista*, erudito. Hay muchos *abogados*, no hay tantos *letrados*, hay pocos *jurisconsultos*, es muy raro encontrar un *jurista*”.

Pero siendo que existen distintas clases de “abogados” (aunque en puridad no a todos les quepa esta denominación), será preciso tentar, pues, a una conceptualización menos inspirada en criterios deontológicos y morales, y más acorde a la realidad forense de nuestros días. Y en este sentido puede decirse, en apretada síntesis, que el abogado es el “profesional universitario, con título hábil, a quien compete el consejo o asesoramiento en materia jurídica, la conciliación de las partes con intereses opuestos y el patrocinio de las causas que considere justas”^(46).

(45) BARCIA, *Diccionario de Sinónimos*, voz “Abogado”, referencia de CABANELLAS, *Diccionario...*, *cit.*

(46) COUTURE, *Vocabulario Jurídico*, DePalma, 1983, voz “Abogado”. Similarmente: CAPITANT, *Vocabulario Jurídico*, DePalma, 1975, voz “Abogado”. DUPIN define al abogado como “el hombre de bien, versado en la jurisprudencia y en el arte de hablar bien, que concurre á la administración de la justicia, ora ayudando con sus consejos á los que han recurrido á él, ora defendiendo en juicio sus intereses de viva voz ó por escrito, ora decidiendo por si mismo sus diferencias cuando las han sometido á su conocimiento” (*La Abogacía...*, *cit.*, p. 1). Por su parte, ESCRICHE (*Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París México, 1907, voz “Abogado”) lo define como “el profesor de jurisprudencia que con título legitimo se dedica a defender en juicio por escrito o de palabra los intereses o causas de los litigantes”. Juzgamos que estas definiciones han quedado ciertamente desfasadas con el paso del tiempo y que postulan un concepto deseable pero no real de la figura del abogado; en efecto, rechazamos la nota de “hombre de bien” y la “versación en la jurisprudencia y en el arte de hablar bien” como notas reales – y no ya deseables – que identifican al abogado. Lo mismo

Se trata del doctor o licenciado en Derecho que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico⁽⁴⁷⁾, o ya la persona legalmente autorizada para defender en juicio, por escrito o de palabra, los derechos o intereses de los litigantes, y también a dar dictamen sobre las cuestiones o puntos legales que se le consultan⁽⁴⁸⁾. El abogado es quien en el ejercicio libre de su profesión actúa extrajudicialmente asesorando, ayudando a conciliar, cooperando en la realización e instrumentación de determinados negocios jurídicos, o bien judicialmente, defendiendo a su cliente y procurando la salvaguarda de los derechos de su defendido⁽⁴⁹⁾. Finalmente, y en una completa noción descriptiva, se define al abogado como el sujeto “cuya función primordial es, en esencia, la de aconsejar o asesorar sobre cuestiones jurídicas y defender a quienes intervienen en procesos judiciales; aunque, a fuer de pecar de detallistas, bien puede agregarse que la actuación del abogado puede ser judicial, ejercitando la representación de una parte en el desempeño de la procuración, o mediante el patrocinio en una causa, o bien asumiendo la defensa de un procesado en el fuero penal; o extrajudicial, sea a través del mero consejo legal o asesoramiento jurídico, o bien en la intervención directa en la formulación de un negocio jurídico, o en la redacción de contratos, estatutos, reglamentos, etcétera, o en la concreción de arreglos o transacciones que pongan fin a cuestiones dudosas, controvertidas”⁽⁵⁰⁾.

Sin ánimos de sentar una definición – bastan las ya recopiladas –, y con un criterio meramente descriptivo –y por ende avalorado–, puede convenirse en que el abogado es el profesional universitario que con título habilitante y demás requisitos legales actúa judicial o extrajudicialmente en defensa y/o beneficio de sus clientes.

cabe decir respecto de la – extraña entre nosotros – locución “profesor de jurisprudencia”.

(47) *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22ª ed., 2001, voz “Abogado”.

(48) *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 2ª ed., 1984, voz “Abogado”.

(49) ORDOQUI, *Responsabilidad...*, cit., p. 159.

(50) LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, cit., p. 217.

III. LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL ABOGADO. LOS DIVERSOS FRENTE DE RESPONSABILIDAD.

En el ejercicio de sus funciones el abogado no goza de una libertad irrestricta sino que, por el contrario, se halla sujeto a diversas normas jurídicas –adjetivas y sustanciales– que pautan los límites que no puede trasvasar, so pena de incurrir en responsabilidad^(51) que podrá ser disciplinaria, civil o incluso penal⁽⁵²⁾.

En cuanto a la *responsabilidad disciplinaria*, deben tenerse presente básicamente los arts. 5, 6, 24 num. 10, 59 y 60 del CGP, y los arts. 148, 149, 150 y 159 de la LOT.

En cuanto a la *responsabilidad penal*, y sin perjuicio de que el abogado puede incurrir en los más diversos tipos previstos por la ley criminal, son especialmente atendibles los arts. 194 (prevaricato), 196 (otras infidencias del abogado o procurador) y 302 (revelación de secreto profesional) del Código Penal.

Finalmente, en cuanto a la *responsabilidad civil* –que es la que al presente nos interesa– es menester considerar básicamente lo dispuesto por el art. 146 de la LOT^(53), por los arts. 1319, 1324, 1216, 1221, 1332, 1341, 1342, 1344 y 1555 del Código Civil y – entre otros – por los arts. 35 y 38 de la Ley 17.250 (Ley de Defensa del Consumidor).

^(51) El vocablo *responsabilidad* se emplea en este número queriendo significar “pasible de sanción”. A los efectos de una noción más acabada: *infra* § IV, 1.

^(52) DA SILVA ROCHA, “A Responsabilidade...”, *cit.*, p. 240; RODRÍGUEZ MONTERO, *Responsabilidad Civil de Profesionales y Empresarios*, Netbiblo, 2006, p. 221.

^(53) A nuestro juicio, norma capital en la materia. En efecto, más allá de que aún en el caso que no existiera el art. 146 de la LOT la posibilidad de responsabilizar al abogado emergería en virtud de lo dispuesto por el art. 1342 CC, lo cierto es que esta norma tiene la virtud de declarar expresamente la responsabilidad de los profesionales del Derecho ante sus clientes por los perjuicios derivados del ejercicio de sus funciones. Una norma similar puede hallarse en el art. 78.2 del Estatuto General de la Abogacía en España. En otro orden, juzgamos que al referirse la norma del art. 146 a “clientes”, los supuestos de responsabilidad del abogado ante terceros no corresponde fundarlos en este artículo sino en lo dispuesto por el art. 1319 CC. En sentido distinto: ORDOQUI, *Responsabilidad Civil...*, *cit.*, p. 240.

IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO.

1. Noción de Responsabilidad Civil.

Una persona es responsable civilmente –dicen los MAZEAUD– cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro⁽⁵⁴⁾. Esta definición, concisa pero acabada, condice, a su vez, con la propia etimología de la palabra, puesto que *responsabilidad* aparece en la obra de COROMINAS⁽⁵⁵⁾ como un derivado de *responder*, lo que permite, en consecuencia, afirmar que, en última instancia, *responsable es el que responde*⁽⁵⁶⁾.

La responsabilidad civil traduce, en consecuencia, la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo, o en ocasiones especiales por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado⁽⁵⁷⁾. Implica reconocer –desde los agudos estudios de GAMARRA⁽⁵⁸⁾– el surgimiento de una obligación indemnizatoria (resarcitoria) a cargo del deudor incumplidor o del ofensor, obligación que no existía con anterioridad al incumplimiento o hecho ilícito⁽⁵⁹⁾. En efecto, el hecho ilícito (y aquí se inscribe, amén del ilícito aquiliano el incumplimiento en la responsabilidad contractual) se encarga de inaugurar el fenómeno o fase de responsabilidad en ambas especies de responsabilidad civil, responsabilidad que será subsidiaria de la relación de deuda en la responsabilidad contractual, y originaria en la responsabilidad extracontractual⁽⁶⁰⁾.

(54) MAZEAUD, *Lecciones...*, cit., vol. II, p. 7.

(55) COROMINAS, *Diccionario...*, cit., voz "Responder".

(56) MAZEAUD-TUNC, *Tratado...*, cit., t. I, vol. I, p. 2; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, 3ª ed., 1979, p. 59.

(57) CABANELLAS, *Diccionario...*, cit., voz "Responsabilidad".

(58) GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, 1987, t. XVII, ps. 9 y 31; *Responsabilidad Contractual*, FCU, 1996, t. I, ps. 11-12 y 16 y ss.

(59) MAZEAUD, *Lecciones...*, cit., vol. II, p. 7: "Entre el responsable y la víctima surge un *vínculo de obligación*: el primero se convierte en deudor, y la segunda en acreedora de la reparación".

(60) GAMARRA, *Responsabilidad...*, cit., t. I, p. 18. Dice el connotado civilista: "Si el esquema de la responsabilidad civil está construido por la violación de un deber y la obligación resarcitoria, el mismo fenómeno existe tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual".

Modernamente se ha sostenido que el concepto mismo de responsabilidad civil se hallaría sobrepasado postulándose la necesidad de hablar no ya de responsabilidad sino, antes bien, de *reparación de daños* (⁶¹) Creemos no obstante que no parece imprescindible –ni útil– abandonar la arraigada locución *responsabilidad civil* y reemplazarla por la más moderna de *reparación de daños*, por cuanto no caben dudas que en las instancias actuales, a través de la responsabilidad civil lo que se persigue no es otra cosa que la *reparación de los daños*(⁶²). Por lo demás, el nombre no hace a la cosa, y sabido es que al presente se aprecian diversos supuestos de responsabilidad objetiva que satisfacen la reclamada función resarcitoria con entera independencia de toda denominación.

2. La Responsabilidad Civil Profesional.

¿Existe una responsabilidad civil profesional de carácter autónomo?

Hace ya algún tiempo dos distinguidas magistradas(⁶³) se interrogaban respecto de si la responsabilidad civil profesional constituía una categoría independiente dentro del ámbito de la responsabilidad civil o si por el contrario se trataba ontológicamente de la misma responsabilidad aplicada a ciertos sujetos calificados; acto seguido contestaban que la responsabilidad civil profesional jamás podría configurar un Derecho excepcional y autónomo en la medida que carecería de principios propios no pudiendo evadirse jamás de las nociones fundamentales del Derecho de las Obligaciones.

(⁶¹) Los distintos doctrinos que participan de esta idea fundamentan la utilidad de la variante atendiendo a los supuestos – cada vez más frecuentes – de responsabilidad objetiva, que según dicen encuadrarían mejor en una moderna noción de *reparación de daños* y no ya en la anciana noción de responsabilidad, noción que históricamente se ha visto informada y ha reclamado el elemento subjetivo de la culpa para la reparación del perjuicio.

(⁶²) En efecto, en este tema de la responsabilidad civil, se ha pasado desde los primeros estadios de venganza y punición a una etapa de composición e indemnización; donde antaño la víctima pedía venganza ahora no pide otra cosa que reparación (MAZEAUD-TUNC, *Tratado...*, t. I, vol. I, p. 37). Como se sostiene con acierto, la responsabilidad civil desde una óptica moderna no pone el acento sobre el autor del daño para castigarlo, sino en la víctima para repararle el perjuicio injustamente sufrido (BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...*, cit., p. 15; GAMARRA, *Tratado...*, cit., 1988, t. XIX, p. 48 y ss.).

(⁶³) SZAFIR-VENTURINI, “Responsabilidad de los profesionales”, ADCU, t. XIX, p. 152.

No puede menos que compartirse estos razonamientos.

En efecto, la responsabilidad civil de los profesionales no constituye un régimen autónomo sino que se presenta como un mero capítulo o apartado dentro de la materia general de la responsabilidad civil⁽⁶⁴⁾, o ya como una etapa en la evolución del *Derecho de Daños* ⁽⁶⁵⁾.

Esto que viene de apuntarse reviste una gran importancia, por cuanto siendo la responsabilidad civil profesional parte integrante del sistema –más amplio– de la responsabilidad civil, es evidente que regirán en aquella los mismos principios que ésta, y se requerirán asimismo los mismos presupuestos para su configuración⁽⁶⁶⁾. Por lo demás, y conforme se verá más adelante⁽⁶⁷⁾, tampoco habrá de reclamarse para su configuración ninguna culpa especial o culpa profesional, bastando la remisión al régimen de la culpa común u ordinaria prevista en el art. 1344 CC.

3. Las distintas especies de responsabilidad.

Contractualidad y extracontractualidad de la responsabilidad del abogado.

Sabido es que la responsabilidad civil, como género, reconoce, pues, dos cauces o especies distintas (dualidad de regímenes); a saber: la responsabilidad contractual –por un lado– y la responsabilidad extracontractual –por el otro–⁽⁶⁸⁾. La responsabilidad civil, así, es una sola, no obstante la dualidad de regímenes que no difieren en su materia ni en su naturaleza, y que simplemente presentan diferencias accesorias o secundarias⁽⁶⁹⁾. Como se ha dicho con sumo acierto, ambos órdenes

⁽⁶⁴⁾ LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, cit., p. xx y 240; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...*, cit., p. 419; PADILLA-PADILLA, “Responsabilidad...”, cit., p. 387. En una postura sumamente crítica sobre la existencia y fundamento mismo de la responsabilidad profesional: TRAZEGNIES, “La responsabilidad profesional no existe”, *Responsabilidad Civil. Derecho de Daños*, ed. Grijley, 2006, p. 359 y ss.

⁽⁶⁵⁾ ORDOQUI, *Responsabilidad...*, cit., p. 30.

⁽⁶⁶⁾ *Vid. infra* § IV, 4.

⁽⁶⁷⁾ *Infra* § IV-A, 4.1.,

⁽⁶⁸⁾ MAZEAUD, *Lecciones...*, cit., vol. II, p. 32, hablando de dos ramas de la responsabilidad.

⁽⁶⁹⁾ MAZEAUD, cit., vol. cit., p. 33 y ss.; MAZEAUD-TUNC, *Tratado...*, cit., t. I, vol. I, p. 115 y ss.

tienen elementos o presupuestos comunes, persiguen un mismo fin y cumplen una misma función⁽⁷⁰⁾.

Más allá de los reparos que despierta el distingo entre ambos regímenes de responsabilidad y que ha llevado a algunas legislaciones a prescindir del mismo procediendo a una unificación del sistema de responsabilidad civil⁽⁷¹⁾, lo cierto es que *de legge data* la distinción no puede ignorarse –al menos en lo que hace a nuestro Derecho –, debiendo tenerse presente a la hora de juzgar los supuestos de responsabilidad civil profesional.

En nuestro Derecho –que se aparta en este punto del régimen francés– la responsabilidad contractual tiene lugar si el perjuicio dimana del incumplimiento de una obligación preexistente, sea contractual o legal, en tanto que la responsabilidad extracontractual se verifica cuando lo infringido es el deber genérico de no dañar (*neminem laedere*)⁽⁷²⁾. La jurisprudencia es conteste en este sentido⁽⁷³⁾.

Y bien, ¿en qué clase o régimen de responsabilidad puede verse incurso el abogado? El grueso de la doctrina, salvo contadas excepciones⁽⁷⁴⁾, reconoce la posibilidad de que el abogado incurra en ambas especies de responsabilidad⁽⁷⁵⁾, si bien se conviene en que lo usual será la hipótesis de responsabilidad contractual derivada de la existencia de un contrato o marco estatutario que vincule al profesional con el cliente⁽⁷⁶⁾. Así las cosas, en la relación profesional-cliente se asistirá decididamente a

⁽⁷⁰⁾ GAMARRA, *Responsabilidad...*, cit., t. I, p. 11.

⁽⁷¹⁾ Sobre este tema: SAUX, *Responsabilidad Civil Contractual y Aquiliana*, 2005, p. 15 y ss.; YZQUIER- DO TOLSADA, "La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (visión europea)", en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Anibal Alterini*, 1997, p. 105 y ss.

⁽⁷²⁾ Cfr. GAMARRA, *Tratado...*, cit., 1988, t. XX, p. 49.

⁽⁷³⁾ Vid. por todas: TAC 4º, S. 23/00 (ADCU, t. XXXI, c. 697).

⁽⁷⁴⁾ REGLERO CAMPOS, "La responsabilidad...", cit., ps. 791-792.

⁽⁷⁵⁾ LÓPEZ MESA – TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, cit., ps. 236-237; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...*, cit., p. xx; RODRÍGUEZ MONTERO, *Responsabilidad...*, cit., p. 218; DA SILVA ROCHA, "A Responsabilidade...", cit., p. 245; BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", cit., p. 33.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. ORDOQUI, *Responsabilidad...*, cit., p. 34.

supuestos de responsabilidad contractual, en tanto que los terceros que experimenten daños a raíz de la práctica del abogado, deberán perseguir su responsabilidad en sede extracontractual⁽⁷⁷⁾.

4. Presupuestos de la Responsabilidad Civil.

Ya ha sido expuesto (*supra* § IV, 2.) que la responsabilidad civil profesional no constituye sino un mero capítulo de la responsabilidad civil, de modo que se aplican a la primera los principios y reglas de la segunda, requiriéndose para su configuración los mismos elementos o presupuestos⁽⁷⁸⁾.

Los presupuestos de la responsabilidad civil –general y profesional– resultan, por ende, ser los mismos, y se reducen a un *hecho ilícito* (incumplimiento de la obligación –en la responsabilidad contractual–, violación del deber genérico– en la responsabilidad extracontractual –), un *factor de atribución* (que podrá ser subjetivo u objetivo), un vínculo de causalidad entre el hecho ilícito y el perjuicio sufrido, y un *daño* (que podrá ser material o moral)⁽⁷⁹⁾.

Para que se configure la responsabilidad será menester la concurrencia de todos los referidos presupuestos, ya que cada uno de ellos es *condición necesaria pero no suficiente de por sí* (esto es, desligada de los restantes) para generar la obligación reparatoria.

Permítasenos dos palabras para referirnos a cada uno de los mentados presupuestos.

4.1. El hecho ilícito.

El primer elemento de la responsabilidad civil es el hecho ilícito (antijuricidad).

⁽⁷⁷⁾ Para un estudio mayormente circunscripto de la responsabilidad del abogado en ambos regímenes: *infra* § IV-A y IV-B.

⁽⁷⁸⁾ LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, *cit.*, p. 240; BORDOLI ETCHAMENDI, “Examen...”, *cit.*, p. 39.

⁽⁷⁹⁾ Respecto de estas cuestiones no se insistirá en demasía al presente en virtud de que su tratamiento constituye punto obligado para los tratadistas y demás autores que dedican sus obras al estudio de la materia.

Grosso modo, puede decirse que el hecho ilícito supone un comportamiento –activo u omisivo, intencional o culpable– que contraviene un deber o una obligación. Resumidamente, puede aceptarse que el hecho ilícito es *un obrar contrario a Derecho*⁽⁸⁰⁾.

En la responsabilidad civil contractual el hecho ilícito viene representado por el incumplimiento – sea temporal o definitivo – que genera la obligación de daños y perjuicios (art. 1342 CC). Juiciosamente se ha visto al incumplimiento como el *centro mismo de la responsabilidad contractual*⁽⁸¹⁾, lo cual es de por sí lógico: si no hay incumplimiento no puede haber interés, y sabido es que donde no hay interés no hay acción – ni por ende podrá existir responsabilidad –.

En la responsabilidad civil extracontractual el hecho ilícito viene dado por la violación del deber genérico de no dañar (*neminem laedere*), tal cual edicta el art. 1319 CC; esto es, se asume responsabilidad frente a un sujeto con el cual el ofensor no mantenía previo al hecho vínculos capaces de generar dicha responsabilidad⁽⁸²⁾. La violación de este deber de no dañar (ilicitud) aparece como el eje mismo de la responsabilidad extracontractual⁽⁸³⁾.

Viniéndonos específicamente a la responsabilidad civil del abogado, es dable sostener que éste incurrirá en responsabilidad civil contractual cuando incumpla con los deberes emanados del contrato que le vincula con su cliente, o ya con los deberes que la ley pone a su cargo en interés del patrocinado en juicio – y también del sistema –, incurriendo – por el contrario – en responsabilidad civil extracontractual cuando incumpla el deber genérico de no dañar, afectando de tal forma la esfera jurídica de terceros (contraparte o no clientes en el caso concreto)⁽⁸⁴⁾.

(80) LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS; *Responsabilidad...*, cit., p. 240; igualmente: BUSTAMANTE ALSINA; *Teoría...*, cit., ps. 60 y 87; GAMARRA, *Tratado...*, cit., 1988, t. XIX, p. 183 y ss.

(81) GAMARRA, *Responsabilidad...*, cit., p. 25; *Tratado...*, cit., 1987, t. XVII, ps. 67-68.

(82) GAMARRA, *Tratado...*, cit., 1988, t. XX, ps. 49-51.

(83) PEIRANO FACIO, *Responsabilidad Extracontractual*, Mvdeo, 1954, p. 235 y ss.

(84) Cfr. en líneas generales: BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", cit., ps. 39-40; DA SILVA ROCHA; "A Responsabilidade...", cit., p. 245.

4.2. El factor de atribución.

El factor de atribución o criterio de imputación es el segundo elemento de la responsabilidad civil. Se trata de un requisito capital e imprescindible que permite atribuir o ya imputar un determinado hecho ilícito o incumplimiento a un sujeto en concreto. Como se ha dicho certeramente entre nosotros, la materia de la imputabilidad hace referencia a la relación que media entre el sujeto y el hecho⁽⁸⁵⁾, vale decir, sólo cuando el incumplimiento sea imputable al deudor éste vendrá a ser responsable.

El factor de atribución podrá ser subjetivo (esto es, basado en la culpa del agente) o ya objetivo (prescindiendo de la culpa, responsabilidad objetiva)⁽⁸⁶⁾. Para ello, será menester indagar sobre la naturaleza de las obligaciones que asume el abogado (esto es, obligaciones de medios o ya obligaciones de resultado)⁽⁸⁷⁾, ya que del incumplimiento de una u otra dependerá, en definitiva, si se asiste a un supuesto de responsabilidad subjetiva o ya de responsabilidad objetiva⁽⁸⁸⁾.

Sin perjuicio de los diversos cuestionamientos de que ha sido objeto desde antaño la teoría de la culpa –cuestionamientos que subsisten

⁽⁸⁵⁾ GAMARRA, *Responsabilidad...*, cit., p. 10.

⁽⁸⁶⁾ GAMARRA, *Responsabilidad...*, cit., t. II, ps. 335-336. Explica el Maestro: “Que la responsabilidad sea subjetiva (es decir, fundada en únicamente en la culpa) significa que *sólo los deudores culposos* (aquellos que no se comportaron con la diligencia del buen padre de familia) *pueden ser condenados*, y por tanto, que el incumplimiento ha de ser culposo para que pueda generar responsabilidad. Mientras que en la responsabilidad objetiva el criterio de imputación no es la culpa (el deudor será responsable con independencia de que haya incurrido en culpa o no) y el incumplimiento es considerado en su momento objetivo (puede haberlo sin que exista culpa), o sea: lo que cuenta es el momento objetivo de la inejecución.”

⁽⁸⁷⁾ Sobre esta cuestión, *vid. infra* § IV-A, 2.

⁽⁸⁸⁾ Lo expuesto – como se sabe – es únicamente válido para la responsabilidad contractual – que es la única en la que puede hablarse de obligaciones preexistentes –, no siendo aplicable en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, donde la responsabilidad será necesariamente subjetiva (GAMARRA, “Obligaciones de medios, de resultado y de seguridad”, ADCU, t. XIII, p. 133; BORDOLI ETCHAMENDI, “Examen...”, cit., ps. 42-43).

incluso al presente –⁽⁸⁹⁾, y más allá de la recepción en nuestro sistema de la denominada responsabilidad objetiva, lo cierto es –como dice GAMARRA⁽⁹⁰⁾– que “aceptar la responsabilidad objetiva no significa expulsar a la culpa del sistema; por lo contrario, hasta puede convenirse con *Di Majo* que ocupa un lugar central en el juicio de responsabilidad; sucede que pierde su hegemonía como criterio único de responsabilidad, al caer el dogma ‘no hay responsabilidad contractual sin culpa’”. En efecto, la culpa sigue detentando un sitio de relevancia en la teoría de la responsabilidad civil –en general– y es justamente en el campo de la responsabilidad civil profesional donde se muestra mayormente importante y donde debe defenderse plenamente su vigencia⁽⁹¹⁾.

4.3. El daño.

Sea que se hable de responsabilidad contractual o ya de responsabilidad extracontractual, lo cierto es –como afirmara JOSSERAND⁽⁹²⁾–, que la responsabilidad del deudor no queda comprometida sino en cuanto se haya causado un daño. En efecto, la necesidad del daño como presupuesto habilitante de la responsabilidad civil tiene un largo arraigo doctrinario, siendo el requisito que menos discusiones ha suscitado⁽⁹³⁾.

La necesidad del daño se justifica por sí sola si se atiende – como lo hace preclara doctrina – a la vieja regla que edicta que “donde no hay

⁽⁸⁹⁾ MAZEAUD, *Lecciones...*, cit., vol. II, p. 86 y ss.; MAZEAUD-TUNC, *Tratado...*, cit., t. I, vol. II, p. 1 y ss. y 29 y ss. Ya JOSSERAND destacaba que la noción de culpa se presentaba como una de las nociones más vagas y huidizas del orden jurídico (*Derecho Civil*, EJE, 1950, t. II, vol. I, p. 303).

⁽⁹⁰⁾ GAMARRA, *Responsabilidad...*, cit., t. II, p. 344.

⁽⁹¹⁾ Cfr. ORDOQUI, *Responsabilidad...*, cit., p. 40. Dice el autor: “Si bien se ha estrechado cada vez más el campo de aplicación de la conducta ilícito-culposa, es precisamente en la esfera de la responsabilidad civil del profesional liberal donde debemos defender su vigencia ante el riesgo de que en algún momento el médico sea llamado a responsabilidad porque el paciente no se curó, o el abogado porque no logró éxito en el desenlace del pleito”.

⁽⁹²⁾ JOSSERAND, *Derecho Civil*, cit., t. II, vol. I, p. 484.

⁽⁹³⁾ MAZEAUD-TUNC, *Tratado...*, cit., t. I, vol. I, p. 293.

interés no hay acción”⁽⁹⁴⁾; y se explica igualmente si se recuerda que la función principal de la responsabilidad civil –*rectius*: de la obligación resarcitoria– no es sino la reparación del daño infligido⁽⁹⁵⁾⁽⁹⁶⁾.

El daño supone un menoscabo, un perjuicio, que no necesariamente debe ser pecuniario o material, pudiendo ser incluso moral⁽⁹⁷⁾. El daño moral (ese *haz vaporoso en el que se subsumen el quebranto o la sensación de frustración*)⁽⁹⁸⁾ será justipreciado y económicamente valuado, con todas las dificultades que ello conlleva⁽⁹⁹⁾, pero de ninguna forma quedará exento *a priori* de reparación⁽¹⁰⁰⁾.

El concepto de daño –en su acepción restringida, que es la que debe primar a los efectos de la responsabilidad civil– se compone de dos elementos, uno físico y el otro formal, a saber: el evento perjudicial

⁽⁹⁴⁾ MAZEAUD, *Lecciones...*, cit., vol. II, p. 59, donde sostienen: “Hay que haber sufrido un daño para tener un interés en intentar la acción de responsabilidad civil. Si no ¿de qué habría que quejarse, y qué se reclamaría?”.

⁽⁹⁵⁾ Vid. por todos: BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...*, cit., ps. 15 y 59.

⁽⁹⁶⁾ La doctrina francesa planteó, a su tiempo, que podía existir responsabilidad aún no existiendo un perjuicio en el caso de la cláusula penal (MAZEAUD, *Lecciones...*, cit., vol. II, p. 60; MAZEAUD-TUNC, *Trata- do...*, cit., t. I, vol. I, p. 297; JOSSERAND, *Derecho Civil*, cit., p. 519). No obstante, parece preferible ver en la cláusula de marras un supuesto de garantía con función coercitiva y punitiva. Para un correcto encuadre del instituto de la cláusula penal: GAMARRA, *Tratado...*, cit., 2006, t. XVIII, p. 157 y ss.

⁽⁹⁷⁾ “Exigir un daño – dicen los MAZEAUD – no significa exigir una pérdida pecuniaria. El hombre no sólo sufre cuando es lesionado en sus intereses materiales; un atentado contra sus intereses morales le puede resultar todavía más sensible” (*Lecciones...*, cit., vol. II, p. 60).

⁽⁹⁸⁾ Así lo conceptuó en alguna oportunidad la jurisprudencia española (STS, 25/6/98).

⁽⁹⁹⁾ Ya advertía GAMARRA las dificultades que conlleva la cuantificación del daño moral, esto es, traducir en dinero el sufrimiento y la sensación de disvalor que sufre la víctima (*Tratado...*, cit., 1994, t. XXV, p. 347 y ss.).

⁽¹⁰⁰⁾ La reparación del daño moral se admite – con variantes – en la generalidad de los sistemas jurídicos. Sin embargo, parecería ser que en el Derecho ruso el daño moral no admite reparación patrimonial, existiendo otras vías compensatorias para la víctima y que persiguen antes bien una suerte de repristinación del derecho o estado de bienestar agredido (vid. ASPILLAGA VERGARA y otros, *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas*, 1998, p. 45 – en nota –).

(*damnum*) y la violación de un derecho subjetivo, de un interés o de una situación jurídicamente tutelada⁽¹⁰¹⁾.

El tratamiento del daño en la responsabilidad civil plantea dos problemas básicos: el primero es el de su comprensión o fijación, es decir, la determinación de los rubros o pérdidas que el perjudicado puede invocar; el segundo es el de su extensión, o sea, determinar el valor que debe asignarse a los perjuicios invocados. Estos problemas de la responsabilidad civil general se acrecientan sobremanera en materia de responsabilidad civil profesional, y más concretamente en el campo de la responsabilidad civil del abogado. No han sido pocos los autores que han visto la enorme complejidad que asume la cuestión de los daños en la responsabilidad civil del abogado⁽¹⁰²⁾, dificultad que ha hecho que la jurisprudencia sea vacilante en los criterios aplicables a la hora de fijar las indemnizaciones debidas.

4.4. *El nexo causal.*

Finalmente, el vínculo causal o relación de causalidad importa un elemento igualmente indispensable para la configuración de la responsabilidad civil. En efecto, el nexo causal supone nada menos que la conexión o ligazón entre la conducta ilícita y el perjuicio sufrido⁽¹⁰³⁾, esto es, la relación de causa a efecto entre la acción u omisión culpable y el daño resultante⁽¹⁰⁴⁾. De nada valdrá alegar la existencia de un hecho ilícito y la existencia asimismo de un perjuicio, si no puede acreditarse que éste último es consecuencia del primero, o lo que es igual, que el comportamiento ilícito fue la causa del daño.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. GAMARRA, *Tratado...*, cit., 1988, t. XIX, ps. 283-284.

⁽¹⁰²⁾ Vid. especialmente: MOREO ARIZA, "La compleja configuración del daño en la responsabilidad civil del abogado", INDRET 1/2007, p. 11 y ss. En igual sentido: REGLERO CAMPOS, "La Responsabilidad...", cit., p. 809; CRESPO MORA, "La Responsabilidad...", cit., p. 272; GONZÁLEZ LÓPEZ, "Responsabilidad...", cit., ps. 34-36; BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", cit., p. 54.

⁽¹⁰³⁾ GAMARRA, *Tratado...*, cit., 1988, t. XIX, ps. 309-310; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...*, cit., p. 217.

⁽¹⁰⁴⁾ DA SILVA ROCHA, "A Responsabilidade...", cit., p. 243, citando a GONÇALVES, *Responsabilidade Civil*, Saraiva, 2003, ps. 32-33.

Así las cosas, y viniéndonos a la responsabilidad civil del abogado, cabe decir que para que el profesional vea comprometida su responsabilidad será menester que se acredite por el damnificado que el hecho ilícito es la causa de los perjuicios irrogados⁽¹⁰⁵⁾, lo que no deja de arrojar – cosa frecuente en este campo – importantes problemas, sobre todo en lo que hace relación a la desigualdad en que se hallan las partes para apreciar los hechos técnicos y científicos⁽¹⁰⁶⁾ y en la evidente dificultad que tiene el perjudicado para acreditar la culpa profesional y la causalidad del daño⁽¹⁰⁷⁾.

La cuestión de las eximentes también comparece en la responsabilidad civil profesional, pudiendo interrumpir el nexo de causalidad y por ende librar de responsabilidad al abogado⁽¹⁰⁸⁾. En consecuencia, las

(105) Cfr. SERRA RODRÍGUEZ, *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzandi, 2000, p. 259, quien dice: “Además, corresponderá también al cliente la prueba que entre dicho incumplimiento y los perjuicios a él irrogados, existe una relación de causalidad cierta y directa, y que, al pertenecer a la esfera del riesgo contractual previsible, son imputables objetivamente a la negligencia o impericia del profesional”. Si bien el argumento está pensado para la hipótesis de responsabilidad contractual, no pierde en esencia su valor, puesto que bastaría para su aplicación en el campo de la responsabilidad extracontractual con dejar de leer la referencia que se hace al contrato.

(106) ALTERINI-LÓPEZ CABANA, “Responsabilidad Profesional: el experto frente al profano”, *LA LEY* 1989-E, p. 849; LÓPEZ MESA- TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, cit., p. 241.

(107) ORDOQUI, *Responsabilidad...*, cit., p. 168; ZAFIR-VENTURINI, “Éxito o fracaso de una demanda por responsabilidad civil”, *ADCU*, t. XXI, p. 513, refiriendo las soluciones pregonadas por la doctrina así como las que han sido adoptadas por los diversos sistemas legislativos a los efectos de atemperar esta desigualdad en la que se halla el particular profano.

(108) BORDOLI ETCHAMENDI, “Examen...”, cit., p. 41; LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, cit., p. 242. No obstante, creemos que los dos ejemplos que proporcionan los últimos autores no son felices, al menos no en lo que hace a nuestro Derecho. En el primero de ellos se refiere un caso de la jurisprudencia argentina en el que se rechazó una demanda contra un abogado que había perdido un cheque rechazado por falta de fondos y que le fuera entregado para procurar su cobro, por entenderse que no mediaba concatenación causal adecuada entre el extravío del título valor y el no cobro del mismo por parte de su titular atento a que el mismo había sido rechazado por falta de fondos (nulo valor intrínseco como orden de pago) y que su cobro podía aun ser intentado en la vía del juicio ordinario. Coincidimos con BORDOLI ETCHAMENDI (“Examen...”, cit., p. 43) en el sentido de que a la luz de nuestro Derecho tal supuesto

distintas eximentes (caso fortuito, fuerza mayor, hecho del tercero – dentro de los cuales se halla el propio cliente –) podrán hacerse valer por el profesional demandado a los efectos de procurar eximirse de responsabilidad, no obstante lo cual habrá que estar al caso concreto, pues sabido es que la sola concurrencia de una eximente no siempre es suficiente para librar de responsabilidad, sobre todo si la misma se vio precedida por la culpa⁽¹⁰⁹⁾.

IV-A. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ABOGADO.

1. Naturaleza jurídica del vínculo profesional-cliente.

La hipótesis más usual de responsabilidad civil del abogado será la de responsabilidad contractual, sea en virtud de la existencia de un contrato que le vincule con su cliente, sea en virtud de obligaciones legales o estatutarias respecto de su defendido⁽¹¹⁰⁾. La doctrina pacíficamente admite que la responsabilidad del abogado ante su cliente tiene naturaleza contractual⁽¹¹¹⁾. En nuestro Derecho, también será contractual la responsabilidad del Defensor de Oficio ante su defendido,

configuraría una clara conducta negligente del abogado, por cuanto privaría a su cliente de la posibilidad de iniciar un juicio ejecutivo tendiente a su cobro obligándolo a recurrir a la vía del juicio ordinario, y para colmo, sin el necesario respaldo documental ante la imposibilidad de agregar el título valor extraviado. El segundo ejemplo –ya de cátedra– sugiere la interrupción del nexo causal en el supuesto de que el abogado reciba un caso del cliente que ha sido previamente abandonado por su anterior abogado, habida cuenta que la estrategia profesional del caso puede no ser suficientemente comprendida por el letrado que asume la causa. Pensamos que en la hipótesis referida, el abogado que asume la defensa no incurrirá en responsabilidad si de allí en adelante no incurre en mala praxis profesional, con independencia de que la estrategia diseñada por el anterior defensor llegue o no a buen puerto, salvo claro está que al momento de aceptar el caso no haya reparado en la absoluta y grosera inviabilidad de la pretensión o de la estrategia ejercitada. Por lo demás, la mera dificultad en la comprensión de la estrategia legada no parece condecir con la nota de “irresistibilidad” exigida para que un acontecimiento opere como circunstancia interruptiva del nexo causal.

⁽¹⁰⁹⁾ GAMARRA, *Tratado...*, cit., 1987, t. XVII, p. 183.

⁽¹¹⁰⁾ Vid. por todos: ORDOQUI, *Responsabilidad...*, cit., p. 34.

⁽¹¹¹⁾ REGLERO CAMPOS, “La Responsabilidad...”, cit., p. 791; BORDOLI ETCHAMENDI, “Examen...”, cit., p. 33; RODRÍGUEZ MONTERO, *Responsabilidad...*, cit., p. 218; DA SILVA ROCHA, “A Responsabilidade...”, cit., p. 245; entre otras posibles referencias.

por cuanto más allá de la inexistencia de contrato sus obligaciones le vienen impuestas legalmente⁽¹¹²⁾.

Ahora bien, volviendo a la relación contractual que liga al profesional con su cliente, la doctrina no es unánime en la catalogación que merece dicho contrato. En efecto, se han postulado a nivel comparado en doctrina y jurisprudencia las más disímiles soluciones.

En España parece primar la tesis que postula que el contrato que vincula al abogado con su cliente a los efectos de la defensa en juicio o ya de asesoramiento profesional es un contrato de arrendamiento de servicios, en tanto que si el abogado compromete actividades extrajudiciales tales como la emisión de dictámenes, la redacción de documentos o la instrumentación de determinados negocios, se asiste a un contrato de arrendamiento de obra⁽¹¹³⁾.

En Brasil, prevalece la opinión de que el vínculo que liga al abogado con su cliente en las actuaciones judiciales deriva del contrato de mandato (*mandato judicial*)⁽¹¹⁴⁾.

(112) Cfr. BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", *cit.*, p. 33. En Sentencia 29/99 el TAC 3º sostiene la contractualidad de la responsabilidad del Abogado de Oficio. *Contra*: LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, *cit.*, p. 237, aunque atendiendo a una realidad legislativa diferente.

(113) GÓMEZ MONTERO, *Responsabilidad...*, *cit.*, p. 219; GONZÁLEZ LÓPEZ, "Responsabilidad...", *cit.*, p. 31; CRESPO MORA, "La Responsabilidad...", *cit.*, p. 265 (aunque criticando dicha conceptualización); REGLERO CAMPOS, "La Responsabilidad...", *cit.*, p. 789 y 791 (aunque admitiendo la posibilidad de su calificación como mandato); MOREO ARIZA, "La compleja...", *cit.*, p. 4 (aunque admitiendo la posibilidad de otros contratos y reconociendo que la dificultad de la cuestión se acrecienta al momento de la frecuente inserción de abogados en el marco laboral de las empresas). En la Jurisprudencia: STS 21/11/70; STS 6/6/70; STS 17/9/83; STS 28/1/98, 25/3/98, STS 7/2/00, STS 30/7/01, STS 7/4/03, STS 8/4/03, STS 12/12/03, STS 14/12/05, donde se lee: "El contrato de prestación de servicios es definido en el artículo 1544 del Código Civil conjuntamente con el de obra, a los que llama de 'arrendamiento', como aquel por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto y que en el caso del Abogado se concreta en llevar la dirección de un proceso, que es una actividad de medios, no de resultado, pues no se obliga a que tenga éxito la acción ejercitada sino a ejercitar esta de conformidad con lo pactado y por las normas previstas reglamentariamente...".

(114) ADONI, "A Responsabilidade Civil do Advogado e a Relação de Consumo", disponible en http://flaviotartuce.adu.br/secoes/artigos/adoni_resp.doc; DA SILVA ROCHA, "A Responsabilidade...", *cit.*, p. 241.

En Argentina gana terreno en la doctrina y la jurisprudencia la caracterización del contrato que liga al abogado como *contrato multiforme, variable o proteiforme*, esto es, que en un mismo vínculo y según los casos podrá existir locación de obra, locación de servicios o incluso alguna que otra figura atípica⁽¹¹⁵⁾.

En nuestro país, la catalogación del contrato que vincula al abogado con su cliente no ha tenido una respuesta única. Parece predominar en nuestro medio, desde un lejano estudio de GAMARRA⁽¹¹⁶⁾, la tesis de que el contrato que liga al abogado con su cliente es un contrato de arrendamiento de obra⁽¹¹⁷⁾. Por su parte, distinguidas autoras⁽¹¹⁸⁾ han encontrado en la base de la prestación profesional la existencia de vínculos obligacionales que se corresponden normalmente con las figuras del arrendamiento de obra y del arrendamiento de servicios, pudiendo incluso asistirse a una especie de contrato mixto o innominado a regirse por los principios y reglas generales del tipo contractual más afín. Más modernamente ORDOQUI⁽¹¹⁹⁾ ha criticado la posición que ve en el contrato abogado-cliente un típico arrendamiento de obra, sosteniendo en lo medular que no puede pretenderse encasillar la figura en un tipo contractual determinado y admitiendo a la postre –y en virtud del carácter esencialmente variable de las relaciones reguladas– que podrán existir en el transcurso del vínculo abogado-cliente diversos contratos, pareciendo inclinarse por su calificación como “contrato multiforme”.

(115) Vid. MOSSET ITURRASPE, “Responsabilidad de los Abogados y Procuradores”, *Responsabilidad Civil. Derecho de Daños*, cit., p. 48. Igualmente TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad Civil del Abogado*, Hammurabi, 1996, p. 119 (referencia de BORDOLI ETCHAMENDI, “Examen...”, cit., p. 35).

(116) GAMARRA, “Naturaleza del contrato que celebra el abogado con su cliente y actualización (ley 14.500) del crédito por honorarios en caso de regulación judicial”, LJU, t. 83, I, p. 35. Ratifica su posición en el *Tratado...*, cit., 1995, t. I, ps. 251-252.

(117) La posición del connotado civilista es recogida en múltiples sentencias, v.gr., S.C.J. S. 81/05 (LJU, c. 15.203 / ADCU, t. XXXVI, c. 1), TAC 2º S. 66/03 (LJU, c. 14.712), TAC 1º S. 144/02 (ADCU, t. 33, c. 566), TAC 3º S. 162/96 (LJU, c. 13.263), TAC 7º S. 180/99 (LJU, c. 13911 / ADCU, t. XXX, c. 703).

(118) SZAFIR-VENTURINI, “Responsabilidad...”, cit., p. 153.

(119) ORDOQUI, *Responsabilidad...*, cit., ps. 161-162.

Por nuestra parte, pensamos que no es menester hablar de “contratos multiformes, proteicos o variables”, o ya de “contratos mixtos”, denominaciones que poco o nada dicen sobre la naturaleza en sí del negocio. La cuestión aparece sumamente clara para quien quiera verla: en el transcurso del vínculo que relaciona al abogado con el particular que requiere sus servicios pueden concurrir las más diversas situaciones que ameriten la existencia de diversos contratos, siendo perfectamente imaginable que el tipo contractual que en un principio relacionó a las partes – v.gr., un arrendamiento de servicios–, pueda dar lugar en el transcurso de su ejecución a la presencia o existencia de otro u otros tipos contractuales – v.gr., arrendamiento de obra, mandato –.

De todas formas, y sea cual sea la solución en la materia, lo cierto es que no puede otorgarse a ella mayor relevancia de la que merece⁽¹²⁰⁾, ya que en derredor de la responsabilidad civil del abogado lo realmente crucial e indispensable será individualizar claramente qué tipo de obligaciones asume el profesional⁽¹²¹⁾, si bien es cierto que la calificación contractual puede servir de base para dicha labor.

2. El haz obligacional. Los deberes del abogado.

El abogado se encuentra gravado con una serie de deberes, hacia sí mismo, hacia sus clientes, y hacia sus colegas y magistrados. Algunos deberes del abogado son deberes principales (esto sería, la prestación principal a que se halla obligado), en tanto que otros son reputados accesorios pero indispensables para permitir el cumplimiento de su encargo.

La doctrina, con variantes pero también coincidencias, ha propuesto un elenco de deberes que gravan al abogado y que puede sintetizarse como sigue: i) deber de conocimiento; ii) deber de permanente actualización; iii) deber de defender el honor y dignidad de la profesión; iv) deber de impedir el ejercicio ilegal de la profesión; v) deber de rechazar las causas injustas, imposibles o para las que no posea la preparación

(120) MOREO ARIZA, “La compleja...”, *cit.*, p. 4.

(121) BORDOLI ETCHAMENDI, “Examen...”, *cit.*, ps. 35-36; LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, *cit.*, p. 243.

adecuada; vi) deber de prevenir los litigios y favorecer las conciliaciones; vii) deber de veracidad; viii) deber de informar; ix) deber de no revelar los secretos; x) deber de seguir las instrucciones; xi) deber de custodia y devolución de la documentación; xii) deber de indicar al cliente los costos y honorarios aproximados de su gestión; xiii) deber de estudiar la causa; xiv) deber de patrocinio; xv) deber de diligencia y de procura de la mejor solución; xvi) deber de lealtad procesal, de recurrir a medios lícitos y de ajustar su conducta a la dignidad de la Justicia.

Los veremos sucintamente.

i) Deber de conocimiento: el abogado tiene el deber de saber, de conocer el Derecho, de conocer la doctrina y la jurisprudencia aplicable al caso concreto; debe conocer ese mínimo exigible a todo abogado (*lex artis ad hoc*)⁽¹²²⁾;

ii) Deber de permanente actualización: el abogado tiene el deber de actualizar permanentemente sus conocimientos, de un constante *aggiornamento* científico so pena de quedar rezagado ante la permanente transformación del Derecho⁽¹²³⁾;

(122) ORDOQUI, *Responsabilidad...*, cit., p. 170; LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, cit., p. 231; REGLERO CAMPOS, "La Responsabilidad...", cit., p. 795. Como se ha dicho acertadamente, no se espera que el abogado conozca todo el Derecho – cosa imposible de por sí –, pero sí que conozca sus normas y principios básicos y/o fundamentales, y que se encuentre asimismo familiarizado con técnicas de búsqueda o investigación que le permitan descubrir el Derecho aplicable al caso concreto (MOLITERNO, *Professional Responsibility*, Aspen, 2006, p. 36). En este sentido, en sentencia de la Suprema Corte de California (*Smith v. Lewis*) se sostuvo por el Tribunal que el abogado generalmente no garantiza la infalibilidad de su opinión, pero es esperable, sin embargo, que posea un conocimiento de los elementales principios del Derecho que resultan comúnmente conocidos por los abogados bien informados, y que sea capaz de descubrir asimismo aquellas reglas jurídicas que no siendo tan comúnmente conocidas pueden empero ser halladas en base a habituales técnicas de búsqueda (vid. <http://www.legalmalpracticelawreview.com>).

(123) ORDOQUI, *Responsabilidad...*, cit., lug. cit.; LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, cit., p. 232. Como se lee en el primer célebre mandamiento de COUTURE: "Estudia. El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado".

iii) Deber de defender el honor y dignidad de la profesión: el abogado tiene el deber de combatir por todos los medios lícitos aquellas actitudes censurables de jueces y colegas, denunciando tales hechos ante las autoridades competentes y/o organismos representativos ⁽¹²⁴⁾;

iv) Deber de impedir el ejercicio ilegal de la profesión: el abogado debe denunciar el ejercicio de la profesión por personas que no tengan el título habilitante o la correspondiente habilitación, así como la venta de firmas para los escritos⁽¹²⁵⁾;

v) Deber de rechazar las causas injustas, imposibles o para las que no posea la preparación adecuada: el abogado debe rechazar su patrocinio ante causas injustas y/o manifiestamente inviables, pudiendo sí hacerlo en las causas dudosas; asimismo debe el abogado rechazar aquellos asuntos para los cuales no posea los conocimientos necesarios o ya el tiempo de dedicación indispensable⁽¹²⁶⁾;

vi) Deber de prevenir los litigios y favorecer las conciliaciones: el abogado tiene el deber de procurar la composición y evitar el litigio, debiendo ser antes que nada un heraldo de la paz⁽¹²⁷⁾;

vii) Deber de veracidad: el abogado debe ser honesto y veraz respecto de su cliente y transmitirle siempre la verdad de los hechos, guardándose de inducirlo en engaño en cuanto a su situación real o sobre sus posibilidades en el juicio⁽¹²⁸⁾;

⁽¹²⁴⁾ ORDOQUI, *Responsabilidad...*, *cit.*, p. 175.

⁽¹²⁵⁾ ORDOQUI, *Responsabilidad...*, *cit.*, *lug. cit.*

⁽¹²⁶⁾ ORDOQUI, *cit.*, p. 176; LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, *cit.*, p. 228.

El Código de Deontología de los Abogados de la Comunidad Europea (Estrasburgo, 1988) postula en su Apartado 3.1.3: "El abogado no podrá aceptar encargarse de un asunto si sabe o debiera saber que no posee la competencia necesaria para ocuparse de él a menos que colabore con un abogado que tenga dicha competencia. El Abogado no podrá aceptar encargarse de un asunto si se encuentra imposibilitado para ocuparse de él con la debida rapidez, habido cuenta de sus otras obligaciones".

⁽¹²⁷⁾ ORDOQUI, *cit.*, *lug. cit.*

⁽¹²⁸⁾ ORDOQUI, *cit.*, p. 171; LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *cit.*, *lug. cit.*

viii) Deber de informar: el abogado tiene el deber de informar a su cliente durante todo el tiempo que dure la relación, incluso después de su conclusión⁽¹²⁹⁾;

ix) Deber de no revelar los secretos: el abogado tiene el deber –y el derecho– de guardar secreto profesional y no revelar ninguna de las confidencias que le han sido hechas, respetando de esa forma la confianza depositada en él por su cliente⁽¹³⁰⁾;

x) Deber de seguir las instrucciones: el abogado, sin perder su independencia técnica y previa información y/o consejo debe consultar a su cliente sobre las acciones a seguir, no debiendo contrariar con sus actos las indicaciones expresas de éste⁽¹³¹⁾;

(129) REGLERO CAMPOS, “La Responsabilidad...”; *cit.*, p. 792; CRESPO MORA, “La Responsabilidad...”, *cit.*, ps. 266-267. Enseña SERRA (referencia de LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, *cit.*, p. 230): “guardián de los intereses de su cliente, el abogado está sujeto, en ciertas circunstancias, en el marco de su deber de consejo, a una obligación de resultado consistente en informar a su cliente y a provocar la reflexión de este último” (énfasis agregado). Acertadamente se ha dicho que la información a que refiere el deber no es cualquiera, sino aquella que es imprescindible hacer conocer al cliente. Del mismo modo, también se ha dicho que no basta con hacer llegar al ámbito de los interesados la información, sino procurar que la misma sea efectivamente aprehendida y comprendida por los destinatarios, no obstante lo cual, y ante la dificultad o ya imposibilidad que supondrá en ciertos casos la explicación satisfactoria de cuestiones técnicas a personas no entendidas en Derecho, se ha postulado que el abogado cumplirá con su deber, independientemente de la comprensión efectiva del cliente, si despliega toda su diligencia procurando que la información que transmite sea cabalmente entendida por los destinatarios (CRESPO MORA, *cit.*, p. 268). La jurisprudencia española es rica en fallos relativos a responsabilidad civil del abogado por incumplimiento de su deber de informar (a guisa de ejemplo: STS 16/12/96, STS 14/5/99, STS 18/2/05, STS 14/12/05, SAP 20/7/98, SAP 22/6/00, SAP 29/11/00, SAP 28/5/03, etc.)(*vid. infra* § IV-A, 5.3).

(130) ORDOQUI, *Responsabilidad...*, *cit.*, p. 171; LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, *cit.*, p. 227; CRESPO MORA, “La Responsabilidad...”, *cit.*, p. 269. Como señala insuperablemente LANDONI, – en palabras que interesan a este tema – “la primera dificultad del abogado, aparece en el mismo instante en que el cliente le plantea su problema. *El Abogado actúa en ese momento como un confesor. El Médico le dice al paciente desvístase, el Abogado, en cambio, le indica al cliente cuénteme su caso, lo que es una manera mucho más triste de desvestirse*” (énfasis agregado)(“Ética...”, *cit.*, p. 227).

(131) *Cfr.* CRESPO MORA, “La Responsabilidad...”, *cit.*, ps. 270-271.

xi) Deber de custodia y devolución de la documentación: el abogado deberá custodiar adecuadamente todos los elementos que le entregue su cliente, así como escritos, pruebas y copias de documentos que reciba o lleguen a su poder en relación con la causa; al momento de la extinción del vínculo con su cliente, tiene el deber de devolver – si fuere ello posible – la documentación o los elementos entregados, sin perjuicio del derecho de retención sobre los mismos como mecanismo tendiente al cobro de los honorarios⁽¹³²⁾;

xii) Deber de indicar al cliente los costos y honorarios aproximados de su gestión: el abogado debe informar a sus clientes o potenciales clientes sobre los costos aproximados que demandará su gestión, así como el monto aproximado de sus honorarios o ya las pautas de su estimación, si es que ellos no se regulan por sistema arancelario⁽¹³³⁾;

xiii) Deber de estudiar la causa: el abogado debe estudiar el caso de su cliente, procurando tomar conocimiento lo más detallado posible de los hechos a los efectos de su debido encuadre en la estrategia procesal⁽¹³⁴⁾;

xiv) Deber de patrocinio: el abogado no está obligado –al menos no fuera de la moral y salvo los casos de los Defensores de Oficio– a comprometer su patrocinio y defensa en todos los casos que se le presenten, aunque una vez que acepta un caso y asume la defensa debe absoluta lealtad a su cliente⁽¹³⁵⁾;

xv) Deber de diligencia y de procura de la mejor solución: el abogado debe desplegar una labor diligente tendiente a evitar el enlentecimiento o paralización de los procedimientos en perjuicio de su cliente, así como procurar el menor costo de los mismos, en tanto que buscar la

(132) CRESPO MORA, *cit.*, p. 271; REGLERO CAMPOS, “La Responsabilidad...”, *cit.*, p. 793; ORDOQUI, *Responsabilidad...*, *cit.*, ps. 176-177.

(133) LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, *cit.*, p. 231.

(134) ORDOQUI, *Responsabilidad...*, *cit.*, p. 170. La jurisprudencia norteamericana (*Thompson v. Seligman*) tiene dicho que el abogado tiene la responsabilidad de investigar y preparar cada fase del caso de su cliente (<http://www.legalmalpracticelawreview.com>).

(135) Como dijera COUTURE: *Antes de la aceptación de la causa, el Abogado tiene libertad para decidir. Dice que sí y entonces su ley ya no es más la libertad, sino la lealtad.*

mejor solución –dentro de todas las posibles– para su defendido o representado⁽¹³⁶⁾, y;

xvi) Deber de lealtad procesal, de recurrir a medios lícitos y de ajustar su conducta a la dignidad de la Justicia: el abogado debe actuar con lealtad y buena fe ajustando su conducta a la dignidad de la Justicia (art. 5 CGP) y evitando recurrir a ardides, artimañas o medios ilícitos tendientes a hacer triunfar las causas injustas, o ya demorar las justas; la nobleza que reviste la abogacía radica en que ella no echa mano de la injuria y de la ofensa para cumplir sus altísimos propósitos, sino que, por el contrario, *consiste en el arte de cruzar lanzas sin herirse*⁽¹³⁷⁾.

3. Naturaleza de las obligaciones que recaen sobre el abogado. Incidencia sustancial y procesal de la cuestión.

La clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios (también llamadas de prudencia y diligencia) y obligaciones de resultado (también llamadas determinadas) se muestra vital en el análisis de la responsabilidad civil profesional, y más concretamente en el estudio de la responsabilidad civil que compete al abogado. Como se ha dicho con acierto, y más allá de las críticas y cuestionamientos de la doctrina⁽¹³⁸⁾ la distinción reseñada es lo que mayormente interesa a la hora de considerar la responsabilidad civil profesional⁽¹³⁹⁾, dependiendo de la clase de obligación que asuma el mismo la presencia de uno u otro factor de imputación.

La clasificación –se ha dicho– descansa sobre el hecho de que unas veces el deudor está obligado a realizar un hecho determinado o ya lograr un resultado, en tanto que otras veces el deudor no está obligado sino a observar diligencia, esto es a conducirse con prudencia, procurando de esta forma obtener el resultado apetecido⁽¹⁴⁰⁾.

⁽¹³⁶⁾ ORDOQUI, *Responsabilidad...*, cit., p. 173.

⁽¹³⁷⁾ LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, cit., p. 233.

⁽¹³⁸⁾ En nuestro medio, *vid.* CAFFERA-MARIÑO, “Obligaciones de medios y de resultado. Análisis de la fundamentación de las categorías y su operativa en los contratos de engineering y de desarrollo de custom software”, en ADCU, t. XXVII, p. 423 y ss.

⁽¹³⁹⁾ LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *cit.*, p. 243; BORDOLI ETCHAMENDI, “Examen...”, *cit.*, p. 36.

⁽¹⁴⁰⁾ MAZEAUD, *Lecciones...*, cit., vol. II, p. 21.

Lo cierto es que no hay una diferencia de esencia entre ambos tipos de obligaciones, siendo que ambas tienen por objeto un comportamiento, reduciéndose las distinciones a cuestiones circunstanciales pero de gran importancia: exigencia / inexigencia de un resultado⁽¹⁴¹⁾. La identidad ontológica entre ambos tipos de obligaciones –uno de los argumentos tradicionales para restar valor a la clasificación– fue tempranamente advertida por la doctrina civilista más calificada, reconociéndose que “en el fondo, *toda obligación contractual tiene por objeto cierta diligencia del deudor*”⁽¹⁴²⁾.

Ahora bien, atento a cuanto viene de decirse, es dable observar que el criterio de distinción mayormente firme entre ambos tipos de obligaciones radica en la *aleatoriedad del resultado*⁽¹⁴³⁾. En efecto, como enseñó TUNC⁽¹⁴⁴⁾, “la obligación tiene por objeto ese resultado cuando cabe presumir que se obtendrá por la diligencia del deudor; en el caso contrario, tiene por objeto la diligencia en sí misma. Sin duda, la diligencia humana no tiene nunca asegurado el éxito, y eso es lo que hace necesario el reconocimiento de los casos de fuerza mayor. Pero cuando lo

⁽¹⁴¹⁾ “El objeto de la obligación – dice ORDOQUI, *Responsabilidad...*, cit., p. 24 – en los dos casos implica un comportamiento, una conducta del deudor, y por ello se dice que desde el punto de vista ontológico no es posible advertir diferencias sustanciales entre ambos tipos de obligaciones. Las diferencias están en aspectos específicos y no en los genéricos, pues, como dijimos, en un caso el fin último esperado es potencial o contingente, y en el otro caso es exigible en su totalidad”.

⁽¹⁴²⁾ TUNC, *La distinction des obligations de resultat et des obligations de diligence*, en MAZEAUD, *Lecciones...*, cit., vol. II, p. 28. Posteriormente el mismo autor y sus colegas afirmaron: “Al respecto se impone inmediatamente una observación: (...) y es que el cumplimiento de una obligación de resultado impone, en realidad, cierta diligencia. El hombre no pronuncia un *¡Fiat!*; no es todopoderoso al que baste querer para realizar; la persecución del objetivo más modesto puede exigirle, por el contrario, múltiples gestiones sin estar seguro del éxito” (MAZEAUD-TUNC, *Tratado...*, cit., t. I, vol. I, p. 129).

⁽¹⁴³⁾ GAMARRA, *Tratado...*, cit., 1988, t. XX, p. 77; y del mismo autor: “Obligaciones de medios, de resultado y de seguridad”, ADCU, t. XIII, p. 128. Sin embargo, es interesante también el punto de vista que aporta MENGONI (la obligación de resultado como satisfactiva del interés primario del acreedor, la obligación de medios como satisfactiva del interés secundario y eventualmente satisfactiva del interés primario) (GAMARRA, *Responsabilidad...*, cit., t. II, p. 397).

⁽¹⁴⁴⁾ TUNC, *La distinction...*, cit., p. 29.

aleatorio es demasiado considerable no cabe descuidarlo, incluso provisionalmente y sentando una simple presunción, y es cuando se precisa tomar como objeto de la obligación la sola diligencia del deudor”.

Pues bien, sobre estas bases ¿qué clase de obligaciones asume el abogado?

La generalidad de la doctrina corre presurosa a afirmar que el abogado no asume sino una obligación de medios, con lo cual se ve luego forzada a volver sobre sus pasos y reconocer también la posibilidad de que se asuman obligaciones de resultado. Es indudable, a nuestro juicio, que el abogado puede asumir tanto obligaciones de medios, como asimismo obligaciones de resultado; incluso puede asumir ambos tipos de obligaciones en una misma relación⁽¹⁴⁵⁾.

La respuesta, por consiguiente, no puede ser única y *a priori* válida para todos los supuestos o labores que puede llegar a cumplir un abogado; es menester, por consiguiente, distinguir primero las distintas clases de actuaciones para luego entrever la naturaleza de las obligaciones en ellas comprometidas⁽¹⁴⁶⁾.

Así las cosas, si el abogado actúa como letrado apoderado su obligación será de resultado, salvo la hipótesis de que actúe en la doble calidad de abogado-procurador (patrocinante), donde coexistirán ambos tipos de obligaciones. En el supuesto de abogado que actúa como letrado patrocinante –no apoderado–, las obligaciones serán esencialmente de medios, sin perjuicio de la existencia concomitante de diversas obligaciones de resultado. En el caso de que actúe como redactor de documentos o ya instrumentador de determinados negocios jurídicos, su responsabilidad vendría a ser objetiva respecto de los actos encomendados. Finalmente, puede plantear dudas el caso del abogado consultor o dicta-

(145) Cfr. sobre estas ideas: MAZEAUD, *Lecciones...*, cit., vol. II, p. 23; GAMARRA, *Tratado...*, cit., 1988, tomo XX, ps. 78-80; ORDOQUI, *Responsabilidad...*, cit., p. 25; SZAFIR-VENTURINI, “Responsabilidad...”, cit., ps. 53-54. En este sentido: S.C.J., S. 81/05 (ADCU, t. XXXVI, c. 1).

(146) En este sentido: BORDOLI ETCHAMENDI, “Examen...”, cit., ps. 36-38, a quien se sigue, con alguna variante, en esta parte de la exposición.

minante, en cuanto a si debe responder objetiva o ya subjetivamente por los perjuicios que se deriven de su informe, consejo o asesoramiento⁽¹⁴⁷⁾.

Ahora bien, ¿cuál es el interés que presenta esta distinción entre ambos tipos de obligaciones? A nuestro juicio, dicha clasificación reviste un doble interés, o si se prefiere, un interés en un doble plano: sustancial y procesal.

En el plano *sustancial* interesa por cuanto contribuye a delimitar el objeto y alcance mismo de la obligación que asume el deudor.

En el plano *adjetivo o procesal* importa en cuanto al tema del objeto de la prueba, teniendo a su vez especial incidencia en materia de eximentes de responsabilidad y en el tema de la reprochabilidad del incumplimiento.

(147) Sin desconocer lo opinable del punto, a nuestro juicio para la adecuada dilucidación del tema es menester estar al caso concreto y apreciar debidamente el objeto y función que está llamado a servir el informe o dictamen profesional. Así, en los supuestos del abogado consultor o consejero legal podría asistirse tanto a obligaciones de medios como así también de resultados. En efecto, si bien no puede dudarse que la entrega material de un informe o la emisión efectiva de un dictamen parecen no escapar de la órbita de facultades del abogado (no aleatoriedad de la prestación), lo cierto es que indudablemente el interés del cliente consultante por lo general no radica en la mera recepción del material o en el simple conocimiento del dictamen, sino antes bien en el contenido del mismo y en los beneficios que de dicha información pueda obtener. Y aquí es donde hay que apreciar la aleatoriedad de las circunstancias que sirven de referencia al dictamen. Por ende, pensamos que en aquellas cuestiones fácticas y/o jurídicas que no presenten aleatoriedad o cuya aleatoriedad sea despreciable (v.gr., simple consulta sobre los requisitos para celebrar un contrato, para otorgar capitulaciones, para ejercer un derecho de receso, etc.) la obligación del profesional de entregar información adecuada que se corresponda con los hechos y el objeto de lo consultado deberá ser vista como una obligación de resultado, en tanto que si el consejo o dictamen refiere a circunstancias aleatorias, no univocas u oscuras en su tratamiento legislativo y jurisprudencial (v.gr., dictamen sobre las posibilidades de una demanda en juicio, consejo sobre la viabilidad o inviabilidad de una determinada pretensión, etc.) la obligación deberá verse como una obligación de medios, cumpliendo con ella el profesional que informe adecuada y suficientemente al cliente sobre todas las posibilidades o variantes que el punto ofrece, aunque a la postre la opinión adelantada no lleve al cliente al éxito de su interés. *Contra*: REGLERO CAMPOS, "La Responsabilidad...", *cit.*, p. 791.

En efecto, y atendiendo ahora al plano estrictamente procesal, debe verse que la clasificación en examen interesa en cuanto al *objeto de la prueba* –esto es, qué es lo que se debe probar– y no en lo que hace a la carga de la prueba, como equivocadamente ha sido afirmado por muchos. Han sido SZAFIR y VENTURINI⁽¹⁴⁸⁾ quienes se encargaron de situar esta cuestión en su justo término, afirmando que “la mentada clasificación en de medios y de resultado no altera la carga de la prueba, que permanece en el ámbito del acreedor, y asume relevancia exclusivamente en lo atinente a qué extremos deben probarse en uno y otro caso, para que el magistrado estime que hay incumplimiento”⁽¹⁴⁹⁾.

No cabe otra solución que compartir lo expresado por las distinguidas magistradas.

En efecto, la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y obligaciones de resultado incide en cuanto al objeto de la prueba (aquello que se debe probar), pero no en la carga de la prueba (quien debe probar), carga que en ambos casos grava al acreedor de la prestación. Es por otra parte, la solución legal (art. 139 CGP)⁽¹⁵⁰⁾.

La carga de la prueba traduce un verdadero *imperativo del propio interés*, y se reduce –en su sentido estrictamente procesal– a la conducta impuesta a los litigantes para que acrediten la verdad de los hechos alegados; la parte se desprende de su carga si logra acreditar los hechos que fundamentan su pretensión⁽¹⁵¹⁾.

Empero, y más allá de postular que la carga de la prueba constituye una regla de conducta para las partes⁽¹⁵²⁾, lo cierto es que la evolución que ha mostrado el instituto lleva asimismo a postular que la clasificación en examen no guarda relación con el tema de la carga de la prueba. En

⁽¹⁴⁸⁾ SZAFIR-VENTURINI, “Responsabilidad...”, *cit.*, p. 155.

⁽¹⁴⁹⁾ SZAFIR-VENTURINI, “Éxito...”, *cit.*, p. 506.

⁽¹⁵⁰⁾ “Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión...”.

⁽¹⁵¹⁾ COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, DePalma, 1981, ps. 241-242.

⁽¹⁵²⁾ Regla que descansa en ese imperativo del propio interés y que ordena probar, so pena de sucumbir.

este sentido, sabido es que el concepto de carga de la prueba ha venido transformándose en el tiempo, habiéndose pasado de la carga probatoria como una regla de conducta a la carga probatoria como una regla de juicio –ante orfandad de pruebas– que sólo interesa al decisor⁽¹⁵³⁾. “El juez –decía GOLDSCHMIDT⁽¹⁵⁴⁾– no necesita discernir la cuestión acerca de la parte a la cual incumbe la carga de la prueba hasta el momento de pronunciar la sentencia. Por ello puede asumir la contraprueba alegada por el adversario de la parte gravada con la prueba. Si con aquélla se consigue un resultado probatorio completo, no surge prácticamente la cuestión de la carga de la prueba”.

Por consiguiente, y atento a todo lo manifestado, cabe concluir en lo siguiente: tanto si se trata de obligaciones de medios como si se trata de obligaciones de resultado tocará al actor (acreedor) acreditar no sólo la existencia de la obligación, sino también su incumplimiento. En las obligaciones de medios deberá probar que el profesional no fue diligente en el cumplimiento de la prestación (la llamada por algunos *prueba diabólica*), en tanto que en las obligaciones de resultado le bastará simplemente con acreditar que el resultado debido no se obtuvo, con entera prescindencia de la diligencia o falta de diligencia del deudor⁽¹⁵⁵⁾.

Así también, interesa la distinción en examen, asimismo, en cuanto excluye de nuestro Derecho la ausencia de culpa como eximente de responsabilidad. En efecto, de la culpa se prescinde en las obligaciones de resultado (responsabilidad objetiva), en tanto que en las obligaciones de medio una vez probada la culpa se habrá incumplido la obligación, y es claro que existiendo culpa probada mal podría permitirse al deudor –salvo casos de presunciones de culpabilidad– intentar eximirse probando la ausencia de culpa⁽¹⁵⁶⁾. Como acertadamente se dijera entre nosotros, no

⁽¹⁵³⁾ Cfr. en este sentido las opiniones de MICHELI (*La carga de la prueba*, Bs. As., 1961, p. 31), DEVIS ECHANDÍA (*Teoría general de la prueba judicial*, Bs. As., 1970, p. 425) y PALACIO (*Derecho procesal civil*, Bs. As., 1972, t. IV, ps. 362-363), citados por VÉSCOVI y sus colaboradores, *Código General del Proceso. Comenta- do, anotado y concordado*, t. IV, p. 72 (en notas).

⁽¹⁵⁴⁾ GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, Ed. Labor, 1936, p. 255.

⁽¹⁵⁵⁾ Vid. por todos: GAMARRA, *Tratado...*, cit., 1988, t. XX, p. 78; *Responsabilidad...*, cit., t. II, p. 400.

se concibe en las obligaciones de medios un incumplimiento no culpable⁽¹⁵⁷⁾.

4. El incumplimiento de las obligaciones de medios por parte del abogado.

4.1. *¿Cuándo incumple el abogado sus obligaciones (de medios)?
La falta de diligencia o culpa profesional.*

Existe un firme consenso en admitir que las obligaciones que asume el abogado son, por lo general, obligaciones de medios⁽¹⁵⁸⁾. Ello es así, de regla, en lo que hace a sus actuaciones judiciales encaminadas a la defensa y/o patrocinio de su cliente, concretamente en lo que respecta al resultado del juicio⁽¹⁵⁹⁾.

Como se ha dicho con acierto, el abogado no puede prometer resultados– puesto que ellos no dependen exclusivamente de él –y lo único que sí puede prometer a su cliente – puesto que esto sí le pertenece en forma exclusiva –es su actuación diligente a los efectos de que se llegue al resultado esperado⁽¹⁶⁰⁾. Ello es así – se sostuvo con entera razón

(156) Cfr. SZAFIR-VENTURINI, "Éxito...", *cit.*, p. 506; *contra*: ORDOQUI, *Responsabilidad civil...*, *cit.*, p. 35.

(157) ORDOQUI, *Responsabilidad...*, *cit.*, p. 35.

(158) Cfr. entre otros: LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, *cit.*, p. 243; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...*, *cit.*, p. 443; REGLERO CAMPOS, "La Responsabilidad...", *cit.*, p. 788; DA SILVA ROCHA, "A Responsabilidade...", *cit.*, p. 245.

(159) BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", *cit.*, p. 42; LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, *cit.*, *lug. cit.*

(160) *Vid.* por todos: LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *cit.*, p. 244: En nuestra jurisprudencia se dijo que "cuando el profesional es contratado, asume una obligación de medios puesto que como ha dicho la jurisprudencia y la doctrina, 'tratándose de cuestiones opinables sometidas a decisión judicial, no puede razonablemente prometer o asegurar resultados exitosos de sus gestiones profesionales' (TAC 6º, S. 119/04, ADCU, t. XXXV, c. 690). En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia española, sosteniendo que "ha de calificarse de correcta la afirmación de la Sala de apelación respecto a que la obligación que asume el Abogado que se compromete a la defensa judicial de su cliente no es de resultados, sino de medios. (...) no se trata, por tanto, de que el Abogado haya de garantizar un resultado favorable a las pretensiones de la persona cuya defensa ha asumido, si es exigible que ponga a contribución todos

– por cuanto “lo específico o peculiar de esta responsabilidad tiene que ver con el ‘material’ que abogados y procuradores manipulan: normas, usos y costumbres, principios generales, el ordenamiento jurídico, en fin: ‘ciencia blanda’, ‘arte de lo justo’, sujeto a interpretación y aplicación por hombres, donde toda anticipación es mera conjetura”⁽¹⁶¹⁾.

Y bien, siendo que el abogado asume como regla general obligaciones de medios, y que por ello mismo no está en condiciones de garantizar resultados, cabe preguntarse cuándo (o de qué forma) incumple el abogado dichas obligaciones a su cargo.

En un antiquísimo precedente jurisprudencial del sistema del *common law* que data de 1880 (U.S. Supreme Court, *National Savings Bank v. Ward*) se lee ya una conceptualización de la negligencia profesional que lleva al incumplimiento de la obligación asumida y que por tanto genera responsabilidad; la negligencia resulta del incumplimiento por parte del abogado del deber de actuar con un razonable grado de atención y habilidad en el desarrollo de sus deberes⁽¹⁶²⁾. Desde el *leading case* en la materia (*Stevens v. White*, 1776), y en adelante, la negligencia profesional resulta básicamente entendida como el quebrantamiento de los deberes que incumben al abogado en el desarrollo de su profesión⁽¹⁶³⁾.

Pues bien, al presente bien puede decirse que la idea sigue siendo esencialmente la misma. El abogado incumple sus obligaciones (de medios) cuando actúa sin la diligencia debida y necesaria para la consecución de los resultados esperados⁽¹⁶⁴⁾, cuando su labor no se ajusta

los conocimientos, la diligencia y la prudencia que, en condiciones normales, permitirían obtenerlo, como son – a título de simple ejemplo – la correcta fundamentación fáctica y jurídica de los escritos de alegaciones, la diligente proposición de las pruebas y la cuidadosa atención a la práctica de las mismas, la estricta observancia de plazos y términos legales, etc.” (STS 8/4/03).

⁽¹⁶¹⁾ MOSSET ITURRASPE, “Responsabilidad...”, *cit.*, p. 42.

⁽¹⁶²⁾ SALINGER, *Encyclopedia of white collar & Corporate Crime*, SAGE, 2005, vol. II, p. 494.

⁽¹⁶³⁾ SALINGER, *cit.*, lug. *cit.*

⁽¹⁶⁴⁾ GONZÁLEZ LÓPEZ, “Responsabilidad...”, *cit.*, p. 31; MOLITERNO, *Professional... cit.*, p. 37.

a los cánones de diligencia que le impone su profesión (*lex artis*)^(165), cuando ignora o desconoce lo que razonablemente debiera conocer^(166); cuando no se comporta con la diligencia de un buen abogado o de un buen abogado medio^(167), en resumidas cuentas, cuando incurre en culpa.

Ahora bien, atendiendo a las peculiaridades que plantea la presencia de un sujeto calificado en la relación, cabe preguntarse si ello no incide en materia de culpabilidad, esto es, si no demandará ello la necesidad de un patrón de imputación distinto de la mera culpa común. La negativa se impone; en efecto, doctrina y jurisprudencia son contestes en reconocer que el régimen de la culpa no presenta particularidades en la responsabilidad civil profesional, estando por consiguiente los profesionales sujetos a los principios generales^(168). La culpa profesional queda reducida, entonces, simplemente a una mera nomenclatura referida a la falta a los deberes especiales que impone una determinada profesión^(169).

(165) SERRA RODRÍGUEZ, *Responsabilidad...*, cit., p. 131; REGLERO CAMPOS, "La Responsabilidad...", cit., p. 788.

(166) Cfr. ORDOQUI, *Responsabilidad...*, cit., p. 162; LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, cit., p. 252; REGLERO CAMPOS, cit., p. 795, sosteniendo que "el Abogado incurrirá en responsabilidad no por tener una formación o pericia inferior a otros Abogados, sino cuando en el concreto asunto que lleve su actuación no alcance la diligencia que le es exigible, o bien cuando no alcance el mínimo de diligencia exigible a cualquier Abogado". En este sentido, la jurisprudencia argentina tiene dicho que "la culpa del abogado se caracteriza por haber causado un 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 debido saber" (Cám. 1 C.Com., Mar del Plata, Sala 1ª, 17/IX/96).

(167) CUETO RÚA, "El buen abogado litigante", LA LEY 1988-A, p. 713; MOSSET ITURRASPE; "Responsabilidad", cit., p. 70 (en nota); ORDOQUI, *Responsabilidad...*, cit., ps. 34-35.

(168) LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, cit., p. 247; ORDOQUI, *Responsabilidad...*, cit., p. 35; BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", cit., p. 44. PADILLA-PADILLA, "Responsabilidad...", cit., p. 388; TAC 3º, S. 19/04 (ADCU, t. 35, c. 689); TAC 7º, S. 10/00 (ADCU, t. 31, c. 777), TAC 6º, S. 296/00 (LJU, c. 14.242).

(169) MAZEAUD-TUNC, *Tratado...*, cit., t. I, vol. I, p. 291; GHERSI, *Responsabilidad...*, cit., t. I, p. 91.

El art. 1344 CC sienta el principio general en la materia de culpabilidad⁽¹⁷⁰⁾: la culpa como falta –grave o leve– de cuidado o diligencia, el standard o patrón de referencia (la figura del “buen padre de familia”)⁽¹⁷¹⁾, y la extensión de la diligencia de conformidad con la naturaleza del contrato o con el conjunto de las circunstancias⁽¹⁷²⁾.

La culpa puede asumir distintos “rostros” o ya evidenciarse de diversas maneras; a saber: impericia, imprudencia, negligencia y violación de leyes y reglamentos. Todo ello es enteramente aplicable a la figura del profesional – concretamente del abogado –, quien puede incurrir en culpa en base a impericia (esto es, desconocimiento de las reglas de su arte o profesión), imprudencia (esto es, hacer de más pero hacerlo mal – *culpa in agendo* –), negligencia (o sea, hacer de menos, *culpa in omitendo*), o por violación de leyes o reglamentos⁽¹⁷³⁾.

(170) Art. 1344: Se entiende por culpa la falta del debido cuidado o diligencia. Puede ser grave o leve. / Sea que el negocio interese a una sola de las partes, ya que tenga por objeto la utilidad común de ellas, sujeta al obligado a toda la diligencia de un buen padre de familia, esto es, a prestar culpa leve. / Esa obligación, aunque regulándose por un solo principio, es más o menos extensa según la naturaleza del contrato o el conjunto de circunstancias, en los casos especialmente previstos por este Código.

(171) Apreciación de la culpa *in abstracto*. Sobre el standard de referencia: *infra* IV-A, 4.2.

(172) Atemperación de la apreciación *in abstracto* de la culpabilidad, según los casos. ¿Cuáles son estas circunstancias de que habla la ley? La persona de que se trate, los medios de que dispone, el lugar en el que se halla, etc. (cfr. ORDOQUI, *Responsabilidad...*, cit., p. 35). Sobre textos similares al nuestro, la doctrina argentina ha postulado que la apreciación de la culpa profesional debe hacerse en concreto y en abstracto simultáneamente (LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, cit., p. 245 y ss.). En España algún autor ha sostenido que la apreciación de la culpa del profesional no puede de ninguna forma hacerse en abstracto (imposibilidad de hablar de un canon objetivo de diligencia), debiendo en todos los casos hacerse en concreto (*quam in suis*) (REGLERO CAMPOS, “La Responsabilidad...”, cit., p. 794).

(173) Cfr. MOSSET ITURRASPE, “Responsabilidad...”, cit., p. 71; SZAFIR-VENTURINI, “Responsabilidad...”, cit., p. 159; BORDOLI ETCHAMENDI, “Examen...”, cit., p. 44. *Contra*: PADILLA-PADILLA, “Responsabilidad...”, cit., p. 32, quienes postulan – como insinúa ORDOQUI, *Responsabilidad...*, cit., p.35 – que en materia de profesionales sólo cabría hablar de impericia (como género), pudiendo ésta manifestarse tanto en forma de negligencia o ya de imprudencia (especies dentro de la impericia). Creemos que esta posición no es de recibo; la impericia es cosa ontológicamente diversa tanto de la negligencia como respecto de la imprudencia, siendo fácilmente imaginable que un profesional técnicamente preparado pueda cometer actos imprudentes o negligentes

4.2. *El standard de referencia: la figura del buen profesional.
El caso del profesional especialista.*

Según hemos visto, el art. 1344 CC que rige la materia de la culpa en la responsabilidad civil profesional edicta que el deudor debe prestar, pues, toda la diligencia de un “buen padre de familia” (*diligens pater familias*) en el cumplimiento de la prestación. Ahora bien, tratándose de un sujeto calificado ¿rige a su respecto el mentado standard de referencia o es preciso hallar algún otro que contemple mayormente las peculiaridades de su condición?

La doctrina en su mayoría postula que el standard de referencia, tratándose de responsabilidad civil profesional, no debe ser el mero “buen padre de familia” sino que es menester referirse como criterio orientador al “buen profesional”⁽¹⁷⁴⁾. En materia de responsabilidad civil del abogado, entonces, la referencia deberá hacerse al “buen abogado”, o al “buen abogado medio”⁽¹⁷⁵⁾, que es la versión profesional del “buen padre de familia” o del “comerciante honesto”⁽¹⁷⁶⁾, y que supone aquel abogado que ha adquirido los conocimientos inherentes a su profesión y que se mantiene actualizado y debidamente informado no sólo respecto de las leyes, sino también respecto de la doctrina y la jurisprudencia⁽¹⁷⁷⁾.

Por consiguiente, para apreciar la culpa del abogado, esto es, si ha incurrido en un obrar imperito, imprudente o negligente, habrá que comparar su accionar con lo que habría hecho en su lugar un buen

que no derivarán por consiguiente de impericia alguna (MOSSET ITURRASPE, *cit.*, p. 71 – en nota –).

(174) *Cfr.* MAZEAUD-TUNC, *Tratado...*, *cit.*, t. I, vol. II, p. 438. “No podría compararse – dicen SZAFIR-VENTURINI – la gestión de un profesional con la actuación de alguien que simplemente es un buen padre de familia. Debemos equilibrar ambos extremos de manera de hacer posible la comparación, y entonces enfrentaremos al profesional actuante con el modelo abstracto de un profesional medio, el que debe actuar con cuidado y diligencia y de conformidad con las reglas de la respectiva profesión” (“Responsabilidad...”, *cit.*, p. 159).

(175) *Vid.* por todos: CUETO RÚA, “El buen...”, *cit.*, p. 713 y ss.

(176) *Cfr.* MOSSET ITURRASPE, “Responsabilidad...”, *cit.*, p. 70 (en nota).

(177) *Cfr.* BORDOLI ETCHAMENDI, “Examen...”, *cit.*, p. 45.

abogado, o un buen abogado medio, o lo que es igual, un abogado diligente⁽¹⁷⁸⁾. La jurisprudencia ha aceptado este punto de referencia⁽¹⁷⁹⁾.

En lo que hace al profesional o abogado especialista la doctrina postula una modificación al canon de diligencia exigible, que ya no podrá ser la de un buen padre de familia⁽¹⁸⁰⁾, en tanto es claro –como dice ORDOQUI⁽¹⁸¹⁾– que si se contrata a un especialista o a un profesor la diligencia exigida seguramente deberá ser mayor (diligencia del “buen especialista”)⁽¹⁸²⁾.

4.3. Convencionalidad y diligencia máxima. Convencionalidad y responsabilidad objetiva.

En principio, y no obstante no ser lo que usualmente acontece en la práctica, parecería que nada obsta a que el profesional pacte con el cliente su compromiso a desplegar una diligencia máxima en la prestación (acercándose de ese modo al standard del especialista), o ya a obtener un determinado resultado en su gestión⁽¹⁸³⁾.

(178) LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, cit., p. 247; KAUFFMAN, *Legal Ethics*, Cengage Learning, 2008, p. 503.

(179) S.C.J., S. 91/05 (ADCU, t. XXXVI, c. 639)(“...pues no constituyeron dificultades insuperables, irresistibles [para cualquier abogado medianamente diligente]...”); TAC 7º, S. 34/05 (ADCU, t. XXXVI, c. 641)(“...pero una diligencia media del profesional hubiera permitido...”); TAC 6º, S. 75/04 (ADCU, t. XXXV, c. 691)(“...y que otra podría haber sido su suerte si hubiera estado asistida por un profesional diligente...”); TAC 2º, S. 201/04 (ADCU, t. XXXV, c. 692)(“...para un profesional de su categoría o contrariando la diligencia profesional media...”); TAC 1º, S. 144/02 (ADCU, t. XXXIII, c. 566)(“...una profesional que hubiera empleado una diligencia profesional media...”).

(180) SZAFIR-VENTURINI, “Responsabilidad...”, cit., p. 159.

(181) ORDOQUI, *Responsabilidad...*, cit., p. 163.

(182) BORDOLI ETCHAMENDI, “Examen...”, cit., p. 48; MOLITERNO, *Professional...*, cit., p. 36; FORTUNE et al, *Modern litigation and professional responsibility handbook*, Aspen, 2000, p. 10. Cfr. GAMA- RRA, *Responsabilidad Civil Médica*, FCU, 1999, t. I, p. 59, con argumentos enteramente aplicables a la figura del abogado, y sosteniendo que un error que sería disculpable en cualquier médico [léase abogado] puede dejar de serlo si quien lo comete es un especialista.

(183) SZAFIR-VENTURINI, “Responsabilidad...”, cit., p. 161; ADONI, “A Responsabilidad...”, cit., p. 11. Como se ha dicho lúcidamente, la voluntad de las partes (por el principio de la autonomía de la voluntad) es libre para transformar una obligación de

En efecto, se trataría de un convenio marcadamente inspirado en el principio *favor debilis* (el particular profano), y por lo tanto, difícilmente concebible como cláusula leonina o abusiva^(184). Tampoco parecería asistirse a un caso de obligación contraria a ley prohibitiva, ya a la moral, el orden público o las buenas costumbres.

4.4. Casuística. Manifestaciones del incumplimiento.

En el presente número procuraremos ofrecer una somera revista de algunos supuestos de incumplimiento por el abogado de sus obligaciones (de medios) que pueden ser generadores de responsabilidad civil.

i) responsabilidad por no realizar adecuado seguimiento del juicio^(185);

ii) responsabilidad por no justificar incomparecencia a la Audiencia Preliminar^(186);

resultados en una obligación de medios, y viceversa (GAMARRA, *Tratado...*, cit., 1988, t. XX, p. 79).

(184) Aunque podría plantear alguna interrogante el supuesto en que el propio abogado es la parte débil en la contratación (v.gr., abogado que contrata con una empresa la prestación de sus servicios profesionales). En tal caso, ¿una cláusula que imponga a éste una responsabilidad objetiva o ya una obligación de diligencia máxima podría llegar a ser tildada de abusiva? Creemos que difícilmente pueda inscribirse al abogado – merced de su condición profesional y de su especial calificación en la materia objeto de la prestación – como parte débil en la contratación, debiendo primar a su respecto – esto es, en la asunción de obligaciones de resultado o ya en el compromiso de una diligencia mayor a la media – el principio de la autonomía de la voluntad.

(185) S.C.J., S. 91/05, ADCU, t. XXXVI, c. 639. En el caso, el abogado no concurrió durante más de dos años a examinar el expediente en el que se remataba un bien garantizado con hipoteca a favor de su patrocinado. La Corporación entendió que había mediado un incumplimiento por parte del abogado, no obstante lo cual se pronunció por la concurrencia de otras causales generadoras del perjuicio (el dolo del ejecutante que solicitó indebidamente el libramiento a su favor de órdenes de pago que desconocían la preferencia del acreedor hipotecario, su libramiento indebido por la Oficina Actuarial, y la conducta del Banco que habiendo sido notificado en su domicilio no envió el cedulón al abogado para su control pertinente) que no alcanzando para eximir de responsabilidad al letrado, redujeron la incidencia causal de su omisión a un veinte por ciento.

iii) responsabilidad por manifiesto desinterés en la causa⁽¹⁸⁷⁾;

iv) responsabilidad por defectuoso asesoramiento⁽¹⁸⁸⁾;

v) responsabilidad por dejar prescribir la acción⁽¹⁸⁹⁾;

vi) responsabilidad por perención de la instancia⁽¹⁹⁰⁾;

vii) responsabilidad por no contestación de traslados y no comunicación del cese del patrocinio en debida forma⁽¹⁹¹⁾;

⁽¹⁸⁶⁾ TAC 7º, S. 34/05, ADCU, t. XXXVI, c. 641. En el caso el abogado no comunicó la fecha de la Audiencia a su cliente y tampoco compareció a la misma a los efectos de justificar la ausencia de la parte, pro-curando atribuir la responsabilidad a su representado (quien según su versión nunca llegó al bar donde le esperaba), lo que fue desestimado por el Tribunal.

⁽¹⁸⁷⁾ TAC 6º, S. 119/04, ADCU, t. XXXV, c. 690. En el caso el Tribunal entendió que existió un marcado desinterés del abogado en la causa, desestimando la defensa alegada respecto que el cliente habría incurrido en responsabilidad al negarse a entregarle dinero para los gastos de la gestión, por cuanto en tal caso el abogado debió haber renunciado a su patrocinio pero no abandonar la suerte del juicio.

⁽¹⁸⁸⁾ TAC 6º, S. 75/04, ADCU, t. XXXV, c. 691.

⁽¹⁸⁹⁾ TAC 1º, S. 144/02, ADCU, t. XXX, c. 566. En el caso, la abogada dejó prescribir la acción por responsabilidad extracontractual, recién habiendo iniciado las gestiones una vez que la prescripción ya había operado. El Tribunal entendió que la abogada, ante la inminente cercanía de la prescripción al momento de aceptar el caso – cosa que hizo sin reservas – debió otorgarle prioritaria atención, debiendo haber presentado la demanda temporáneamente sin perjuicio de subsanar posteriormente, y una vez interrumpida la prescripción, la falta de conciliación previa.

⁽¹⁹⁰⁾ Sobre todo si ella se produce en Segunda Instancia o en Casación dejando firme la sentencia recurrida (art. 239 inc. 2 CGP). Asimismo, atento a que tras la misma puede operarse la prescripción (art. 240 *eiusdem*).

⁽¹⁹¹⁾ S.C.J., S. 186/2001, ADCU, t. XXXII, c. 675: la Corporación entendió que “el abogado puede ciertamente dejar la defensa pero debe hacerlo sin perjudicar a su cliente, de forma que este pueda obtener el apoyo de otro profesional (...)”. En el mismo sentido, TAC 7º, S. 180/99, ADCU, t. XXX, c. 703: en el caso el abogado no contestó el traslado del excepcionamiento en el juicio ejecutivo ni compareció a la Audiencia Preliminar. Alegó como defensa que habría comunicado a su cliente el cese del patrocinio, lo que el Tribunal descartó atendiendo a la carencia de pruebas al respecto, y al hecho de que tal renuncia a la defensa podría haberse hecho ante el propio Juzgado.

- viii) omisión de hacer valer una excepción;
- ix) omisión en la proposición de pruebas;
- x) responsabilidad por demanda manifiestamente improponible⁽¹⁹²⁾;
- xi) responsabilidad por incorrecta elección de la vía procesal⁽¹⁹³⁾;
- xii) responsabilidad por el diseño de estrategia manifiestamente inviable⁽¹⁹⁴⁾;
- xiii) responsabilidad por no interposición de recursos⁽¹⁹⁵⁾;

(192) V.gr. el reclamo de un crédito prescrito, o de una demanda cuyos fundamentos son manifiestamente equivocados o insostenibles.

(193) Sería el caso, v.gr., de quien pudiendo tramitar la pretensión por vía ejecutiva lo hace negligentemente por la vía ordinaria, con el consecuente perjuicio para su cliente (mayor duración del proceso, no limitación de las defensas).

(194) A este respecto: STS 3/10/98 y STS 30/12/02, que condenan al abogado por haber escogido la alternativa jurídica menos conveniente para su cliente. Sin embargo, debe decirse que no habrá responsabilidad cuando la estrategia diseñada por el profesional no sea manifiestamente inviable, no obstante se pierda el pleito. En este sentido, la STS 23/3/07 desestima el recurso de casación interpuesto sosteniendo en lo medular que "la actuación del letrado demandado en la defensa de los intereses del esposo de la actora no es merecedora de reproche alguno ni determinante, por tanto, de su responsabilidad. La elección del procedimiento establecido en la Disposición Adicional Primera de la Ley (...) como cauce procesal para reclamar los daños y perjuicios por las lesiones padecidas a resultas del accidente sufrido por éste respondió a una decisión, y antes de ella, a una valoración jurídico-procesal, que en modo alguno fue producto de una inexcusable ignorancia, falta de pericia o técnica jurídica, ni, en definitiva, el resultado de una falta del deber de diligencia exigible, sino que, por el contrario, se enmarcó dentro de las facultades de dirección del proceso inherentes al ejercicio de la profesión (...)".

(195) En este sentido, y como bien apunta BORDOLI ETCHAMENDI ("Examen...", *cit.*, p. 56), se suscita la polémica respecto de si el abogado en todos los casos debe interponer el recurso (y sólo la negativa del cliente podría dispensarlo de tal deber), o ya puede aconsejar a su cliente o decidir por sí mismo el no hacerlo. A nuestro juicio el abogado no está obligado a recurrir todas las decisiones desfavorables a su cliente, y únicamente mediará incumplimiento cuando no se interpone un recurso que *prima facie* tenía posibilidades de ser acogido (*contra*: TCA, S. 502/00 – LJU, c. 14.132 –). En este sentido, la jurisprudencia argentina tiene decidido que existe responsabilidad cuando no se interpone tempestivamente un recurso que se mostraba *a priori* como viable, en tanto

xiv) responsabilidad por defectuosa exposición de los hechos⁽¹⁹⁶⁾;

xv) responsabilidad por dejar de lado hechos conducentes⁽¹⁹⁷⁾;

xvi) responsabilidad por no peticionar medidas cautelares, por no presentar la demanda y propiciar la caducidad de la cautela, o por la traba de medidas abusivas⁽¹⁹⁸⁾;

que no existe responsabilidad si la condena era inevitable no obstante haberse recurrido la decisión, por cuanto el abogado que con la suerte ya echada no recurre una sentencia que se muestra como inmodificable no solo no actúa culposamente, sino que, por el contrario, actúa diligentemente, evitándole a su cliente mayores erogaciones (Cám. C.Com. Morón, Sala 1ª, 11/8/92; Cám. C.Com. San Nicolás, 15/5/01; CNCiv., Sala E, 14/10/96).

(¹⁹⁶) La responsabilidad civil del abogado puede generarse a raíz de la defectuosa exposición de los hechos (v.gr. volcando al papel textualmente el relato imperito que hace su cliente, relatando hechos inconducentes, refiriendo hechos que sabe no podrá probar, etc.) (PADILLA-PADILLA, "Responsabilidad...", *cit.*, p. 393, refiriendo la posición de MOSSET ITURRASPE). En un fallo de la Justicia argentina, se sostuvo que la labor del abogado no se circunscribe simplemente a volcar al papel las circunstancias fácticas que le exponen sus clientes sino que, antes bien, consiste en examinar tales pretensiones, indagar su verosimilitud, meritar la viabilidad de la acción, e incluso aconsejar la no iniciación del proceso si le consta que la pretensión traduce una verdadera aventura judicial condenada como tal al fracaso (Cám. C.Com. Quilmes, Sala 2ª, 27/5/98).

(¹⁹⁷) En STS 30/11/05 se reconoció el incumplimiento del abogado que omitió alegar la existencia de una cláusula de limitación de responsabilidad civil en una póliza de seguro, siendo que tal omisión fue determinante para que la condena recaída excediera cuantitativamente lo que se hubiera debido de haberse alegado dicha cláusula.

(¹⁹⁸) Si bien la traba de una medida cautelar abusiva aparece como uno de los supuestos paradigmáticos de responsabilidad civil extracontractual del abogado, lo cierto es que, en función de la responsabilidad de quien pide la medida (art. 311.3 CGP), bien puede el cliente del abogado ser obligado a indemnizar los perjuicios derivados, con lo cual si se prueba que la medida cautelar no era indispensable y el abogado no tenía necesidad de peticionar la misma, podrá originarse responsabilidad contractual del abogado para con su cliente por tal hecho. Lo mismo si no se presentare la demanda en el plazo que marca la ley, operando la caducidad de la cautela y generando la obligación de indemnizar los perjuicios causados (art. 311.2 CGP). En cuanto a la responsabilidad por no petición de medida cautelar preventiva, se ha entendido que no habría responsabilidad en el letrado que no la solicita atento a que la carencia de recursos económicos de su cliente excluía la posibilidad de su admisión (STS, 28/12/96).

xvii) responsabilidad por omisión en el reclamo de rubros, o por la preclusión de la oportunidad de su reclamo en virtud de la cosa juzgada eventual⁽¹⁹⁹⁾;

xviii) responsabilidad civil por abuso del derecho de abogar⁽²⁰⁰⁾.

5. El incumplimiento de las obligaciones de resultado por parte del abogado.

La responsabilidad objetiva.

5.1. *¿Cuándo incumple el abogado sus obligaciones (de resultado)?*

El abogado, según se ha visto⁽²⁰¹⁾, puede asumir tanto obligaciones de medios como así también de resultado. Los criterios de la distinción y la importancia de esta *summa divisio* ya han sido expuestos⁽²⁰²⁾, por lo que meramente cabe referirnos al presente acerca de en qué supuestos el abogado incumple con sus obligaciones de resultado.

(199) El instituto de la cosa juzgada eventual estará llamado, seguramente, a incidir en forma destacable en el fenómeno de la responsabilidad civil de los abogados. En efecto, en virtud de la misma, podría ser pasible de responsabilidad el profesional que no reclama todos los rubros derivados de un mismo hecho en oportunidad de demandar, viendo luego precluida su posibilidad de perseguir los rubros omitidos en nuevos accionamientos fundados en la denominada "*identidad de causa*" (cfr. GONZÁLEZ LÓPEZ, "Responsabilidad...", *cit.*, p. 38).

(200) A partir de la vigencia del CGP, y de la concreción en su art. 5 del deber de buena fe y lealtad procesal, algunos autores han entrevisto el nacimiento de una verdadera obligación (legal) de ejercitar lícitamente el derecho de abogar, so pena de incurrir en responsabilidad civil –contractual– por los daños y perjuicios que la conducta desleal, ilícita, abusiva o dilatoria pudiere ocasionar tanto a la parte que representa como a terceros. No obstante, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias postulan el carácter extracontractual de la responsabilidad en el supuesto de marras, en base a la violación no ya de una obligación sino antes bien de un deber (la actuación de buena fe). Sobre esta interesantísima temática: DE CORES, "Actuación en juicio y responsabilidad profesional", LJU, t. 111, p. 121 y ss.; VAN ROMPAEY, "La responsabilidad por el uso indebido de las vías procesales y la incidencia del Código General del Proceso", ADCU, t. XX, p. 377 y ss.; ORDOQUI, *Responsabilidad...*, *cit.*, p. 164 y ss.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, "Uso abusivo vs. uso indebido de las vías procesales. Incidencia del tema sobre la responsabilidad civil", ADCU, t. XXXIX, p. 689 y ss.

(201) *Supra* §IV-A, 3.

(202) *Idem.*

Ante todo, es claro que si se pactó expresamente que el abogado prometía un determinado resultado, su no consecución generará incumplimiento sin entrar a considerar la diligencia de la labor⁽²⁰³⁾. Sin embargo, y aun a falta de pacto expreso en tal sentido, debe observarse que cuando la prestación que debe el abogado no entraña aleatoriedad alguna, o ya la que entraña se reputa despreciable, el abogado igualmente incumplirá su obligación por la no consecución del resultado exigible, atento a que éste no dependía de circunstancia alguna ajena a su capacidad⁽²⁰⁴⁾.

Por consiguiente, habrá incumplimiento por parte del abogado de sus obligaciones (de resultado) cuando no se llegue a ejecutar la prestación debida, o ya cuando ejecutada ella no se arribe igualmente al resultado exigible, con prescindencia de la culpa (responsabilidad objetiva)⁽²⁰⁵⁾.

5.2. *Circunstancias eximentes de responsabilidad.*

El abogado no será responsable si el incumplimiento de su obligación deriva de causa ajena que no le sea imputable (arts. 1322, 1343, 1549 CC).

De esta forma, si el incumplimiento de la prestación no tuvo su causa en la conducta del deudor, sino que proviene del hecho de un tercero – incluyendo aquí a la víctima –, o ya del caso fortuito o la fuerza mayor (expresiones sinónimas), no habrá responsabilidad. Ello es así por cuanto el nexo causal se tendrá por interrumpido toda vez que el daño sea el resultado de una causa ajena, es decir, de una causa extraña a la conducta del obligado⁽²⁰⁶⁾.

⁽²⁰³⁾ *Vid. Supra* IV-A, 4.3.

⁽²⁰⁴⁾ "En efecto – dicen MAZEAUD-TUNC –, puesto que la diligencia del deudor alcanzará normalmente su objetivo, la técnica jurídica no se opone a que el resultado pretendido por las partes (...) se coloque directamente como objeto de la obligación; resulta suficiente, para evitar cualquier injusticia, con exceptuar los casos de fuerza mayor; es decir, con presumir tan sólo que la no obtención del resultado depende de una culpa del deudor; pero permitiéndole que destruya esa presunción probando que ha tropezado con un obstáculo no podía o no debía vencer" (*Tratado...*, *cit.*, t. I, vol. I, p. 130). Sobre las circunstancias eximentes de responsabilidad: *infra* IV-A, 5.2.

⁽²⁰⁵⁾ *Cfr.* LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, *cit.*, p. 253.

⁽²⁰⁶⁾ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...*, *cit.*, p. 253.

Los requisitos que deben reunir estas circunstancias para que operen como eximentes de la responsabilidad (por fracturar el vínculo de causalidad) han de ser, a saber: i) su ajenidad⁽²⁰⁷⁾; ii) su imprevisibilidad⁽²⁰⁸⁾, y; iii) su irresistibilidad⁽²⁰⁹⁾. Aunque se ha dicho con cierto sentido que lo que mayormente interesa en estos casos no es sino la irresistibilidad del fenómeno⁽²¹⁰⁾, que trasunta en la imposibilidad objetiva – física o jurídica – de la prestación, con la consecuente liberación del deudor (*impossibilitum nulla obligatio*)⁽²¹¹⁾.

5.3. Casuística. Manifestaciones del incumplimiento.

En el presente número y tal como se hizo respecto de las obligaciones de medios⁽²¹²⁾, se procurará pasar revista a algunos de los supuestos de incumplimiento de obligaciones de resultado capaces de generar responsabilidad civil en el abogado.

i) responsabilidad por no presentar escritos en plazo⁽²¹³⁾;

⁽²⁰⁷⁾ Cfr. ORDOQUI-OLIVERA, *Derecho Extracontractual*, vol. II, p. 168; S.C.J., S. 249/02, ADCU, t. XXXIII, c. 125. El deudor no debe haber dado causa al hecho fortuito, inscribiéndose dentro de su culpa la de aquellos por quienes fuere responsable (PEIRANO FACIO, *Curso de Obligaciones*, 1956, t. VI, ps. 248-249). Así las cosas, si el *casus* va precedido de la culpa en principio no se exonera el deudor, salvo que aun existiendo culpa de éste el daño no se derive sino exclusivamente del hecho fortuito (GAMARRA, *Tratado...*, cit., 1988, t. XIX, p. 355).

⁽²⁰⁸⁾ ORDOQUI-OLIVERA, *Derecho...*, cit., vol. cit., ps. 167-168.

⁽²⁰⁹⁾ ORDOQUI-OLIVERA, cit., vol. cit., p. 167.

⁽²¹⁰⁾ GAMARRA, *Responsabilidad...*, cit., t. II, ps. 164-165, refiriendo la opinión de POLACCO. En igual sentido: TAC 7º, S. 17/95, LJU, c. 13.010.

⁽²¹¹⁾ Cfr. PEIRANO FACIO, *Curso...*, cit., t. VI, ps. 246-247 y 249.

⁽²¹²⁾ *Supra*, IV-A, 4.4.

⁽²¹³⁾ SCJ, S. 81/05, ADCU, t. XXXVI, c. 1/LJU, c. 15.203; TAC 3º, S. 19/04, ADCU, t. XXXV, c. 689/LJU, c. 15.030; TAC 6º, S. 205/99, ADCU, t. XXX, c. 704. Dijo la S.C.J.: “Contrariamente a lo que parecería entender el recurrente, la referida obligación de presentar el escrito en plazo es claramente una obligación de resultado desde que no se encuentra sometida a la contingencia ni alea de ningún tipo que impida el resultado”. Asimismo, sostuvo el TAC 3º: “...cabe calificar la obligación de contestar la demanda dentro del plazo conferido por la ley, como una típica obligación de resultado, en tanto no parece tener cabida la aleatoriedad de la prestación profesional comprometida. La presentación del escrito respectivo dentro del plazo perentorio señalado por la ley

- ii) responsabilidad por no asistir a la Audiencia⁽²¹⁴⁾;
- iii) responsabilidad por no reinscripción de embargos;
- iv) responsabilidad por omisión en informar⁽²¹⁵⁾;
- v) responsabilidad por violación del secreto profesional;
- vi) responsabilidad por instrumentación de contrato nulo⁽²¹⁶⁾;
- vii) responsabilidad por violación del deber de custodia, o por la no devolución de documentación al cliente⁽²¹⁷⁾.

constituye la única forma de satisfacer la prestación que lo vincula con su cliente y, a su vez, la carga que le impone el ordenamiento procesal a la parte en el proceso”.

⁽²¹⁴⁾ TAC 4º, S. 61/05, ADCU, t. XXXVI, c. 640; TAC 7º, S. 180/99, ADCU, t. XXXV, c. 703.

⁽²¹⁵⁾ TAC 5º, S. 92/01, ADCU, t. XXXII, c. 676: “Resulta realmente inadmisibles pretender excusar el incumplimiento a este deber de informar, en el alegado desconocimiento del domicilio real de los patrocinados siendo que resulta una exigencia del actuar diligente del letrado tomar los debidos recaudos al momento de iniciar la gestión profesional y, por añadidura, dicho domicilio real fue denunciado en la comparecencia al contestar la demanda”. Igualmente: TAC 6º, S. 75/04 (LJU, suma 133.026). El deber de información que tiene el abogado para con su cliente ha tenido un explosivo desarrollo en España, a tal punto que puede decirse que existe una doctrina definida del Tribunal Supremo en tal sentido (Cfr. CRESPO MORA, “Responsabilidad...”, *cit.*, p. 267). A este respecto: STS 16/12/96, STS 14/12/05, etc. En STS 14/5/99 se condena al abogado que, ante el fallecimiento de un menor en una piscina municipal, simplemente se limitó a enviar una carta a sus clientes notificando el sobreseimiento operado en el proceso penal y aconsejándoles no recurrir el mismo, sin informarles acerca de las posibles acciones en vía civil.

⁽²¹⁶⁾ SAP Navarra 25/5/00 condenó al abogado que redactó defectuosamente un contrato de compra-venta (a la postre nulo), al haber omitido un requisito esencial para su validez (preceptiva autorización judicial para la venta de bienes inmuebles pertenecientes a menores de edad).

⁽²¹⁷⁾ En este sentido: STS 25/3/98. Esto sin perjuicio del derecho del abogado de reservarse copias, o bien de retener dicha documentación en ciertos casos a los efectos de garantizar la percepción de sus honorarios. ORDOQUI, *Responsabilidad...*, *cit.*, ps. 176-177.

IV-B. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ABOGADO.

1. Admisibilidad de supuestos de responsabilidad extracontractual del abogado.

La doctrina admite sin vacilaciones la posibilidad de que el abogado incurra en responsabilidad civil extracontractual en el ejercicio de sus funciones⁽²¹⁸⁾. En efecto, es fácilmente imaginable la posibilidad de que el abogado vulnere el deber genérico de no dañar (*neminem laedere*) afectando de tal forma la esfera jurídica de terceros ajenos al vínculo contractual con el cliente; en tal caso su responsabilidad será extracontractual⁽²¹⁹⁾.

El ejemplo paradigmático lo es el caso del embargo abusivo⁽²²⁰⁾.

2. ¿El abogado tiene deberes frente a terceros no clientes?

Modernamente se postula que el abogado no sólo tiene deberes para con su cliente sino que –y haciendo abstracción del deber genérico de no dañar– también los tiene respecto de terceros que no han celebrado con él contrato alguno y que, en consecuencia, no son estrictamente sus clientes.

Se trata de la cuestión de la responsabilidad civil del abogado frente a terceros no clientes por consejos negligentes o equivocados o por información igualmente errónea o desacertada.

En efecto, en esta temática se parte de la base –como se ha dicho entre nosotros⁽²²¹⁾– de que se está ante consejos expresados por expertos, con la pretensión –confiesa o inconfiesa– de influir en el mercado o

(218) RODRÍGUEZ MONTERO, *Responsabilidad...*, cit., p. 218; LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, cit., p. 237; BORDOLI ETCHAMENDI, "Examen...", cit., p. 33; ORDOQUI, *Responsabilidad...*, cit., p. 162; *Responsabilidad Civil...*, cit., p. 240.

(219) DA SILVA ROCHA, "A Responsabilidade...", cit., p. 245.

(220) LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad...*, cit., lug. cit.; ORDOQUI, cit., lug. cit.

(221) ORDOQUI, *Responsabilidad Civil...*, cit., p. 111.

captar su confianza, y que determinan decisiones o ya inversiones de parte de aquellos que razonablemente confían en la seriedad del planteo que hace el profesional y en la veracidad de lo informado. Así las cosas y si se atiende a lo expuesto, ante la existencia de perjuicios derivados directamente del consejo negligente o la información errónea, cabría postular –en opinión de algunos– la responsabilidad civil extra-contractual del profesional imperito o negligente⁽²²²⁾.

Esta materia de los deberes profesionales del abogado ante terceros no clientes ha venido desarrollándose intensamente en la jurisprudencia del *common law*, afirmándose al día de hoy que la regla que sentenció que el abogado no tiene deberes para con terceros ya no rige en la gran mayoría de las jurisdicciones⁽²²³⁾. En efecto, desde el *leading case* de la jurisprudencia norteamericana que desechaba la responsabilidad del abogado ante terceros merced de la ausencia de vínculo⁽²²⁴⁾, la mentada necesidad del vínculo – como presupuesto habilitante para el éxito de la acción – fue liberalizándose, a tal punto que dieciséis años más tarde, la regla postulada en *Ward* sufre un giro dramático, y en el caso *Biakanja v. Irving* se admite que un tercero no cliente reclame en determinados supuestos por los perjuicios derivados de la negligencia del profesional⁽²²⁵⁾. Desde la regla que desestimaba las reclamaciones de terceros no clientes ante el abogado, pasando por la relativización del presupuesto del vínculo, la jurisprudencia fue adoptando a la postre otros criterios (vínculo intenso, tercero beneficiario, confianza, asunción de la obligación, deber fiduciario, etc.) que permiten sostener hoy que el abogado puede llegar a comprometer su responsabilidad ante terceros no clientes por sus actuaciones negligentes, o por la violación de la confianza depositada en su persona⁽²²⁶⁾.

(222) Cfr. ORDOQUI, *cit.*, lug. *cit.*

(223) Cfr. FEINMAN, *Professional liability to third parties*, 2nd. ed., 2006, p. 99.

(224) *Savings Bank v. Ward*.

(225) FEINMAN, *Professional...*, *cit.*, ps. 102-103.

(226) FEINMAN, *cit.*, p. 104 y ss. Similar proceso en la jurisprudencia anglosajona, aunque en ella ya el *leading case* en la materia – *Pasley v. Freeman*, 1789 – admitía la responsabilidad frente a terceros de aquel que, a sabiendas o descuidadamente y sin importarle en absoluto la veracidad o falsedad del consejo, proporcionó una información que resultó a la postre inexacta. No obstante, era menester el fraude para la

Y bien, ¿qué postura cabe adoptar ante este tema?. En principio, parecería necesario estar al caso concreto. En efecto, no parece *a priori* acertado postular que el abogado responde *ipso facto* ante terceros por todos los perjuicios que se aleguen como consecuencias directas de un consejo a la postre ruinoso o de una información equivocada, ya que de pro-cederse de tal forma, se estaría fomentando el peligro de una responsabilidad excesiva e indeterminada⁽²²⁷⁾.

En efecto, creemos que en la especie será conveniente considerar, v.gr., en qué circunstancias de tiempo y lugar se relacionaron profesional y tercero, si éste último pudo razonablemente confiar en que el abogado estaba hablándole como tal (esto es, *como abogado*), el caudal de información con que contaba el profesional al momento de emitir su juicio, la posibilidad que tenía el tercero para procurarse asistencia letrada particularizada y no deber echar mano a opiniones profesionales en ámbitos no contractuales (*aprovecharse de consejos*), etc.

Como acertadamente se ha dicho, un consejo o una información acertados pueden ser fuente de perjuicios por una serie de razones que escapan al consejero^(228), por lo que no cabe postular una solución unívoca para todos los casos. Por lo demás, y como también se ha sostenido con razón^(229), el ordenamiento jurídico debe incentivar la autotutela de los intereses y no fomentar el *free riding*, esto es, la actitud de aquellos sujetos que se benefician de un bien económico sin pagar por el mismo.

procedencia de la reclamación, no bastando la mera negligencia (Cfr. MOSSET ITURRASPE, "Responsabilidad...", *cit.*, ps. 66-67).

(227) Baste pensar en la hipótesis – que no es en absoluto de laboratorio – del abogado que en un evento o reunión social es consultado sobre diversos puntos y por distintas personas, simultáneamente o por separado. ¿Qué pasaría si el abogado debiera ser llamado a responder por todas esas consultas que emitió en un ambiente no propicio, con escasa o nula información sobre los hechos – o ya con información distorsionada por el orgullo, vergüenza o malicia de sus consultantes –, y ante personas que nunca siquiera había visto con anterioridad? ¿Es lógico – y justo – imputarle a ese abogado responsabilidad por los daños que puedan derivarse de sus dictámenes necesariamente espontáneos y no suficientemente meditados?

(228) MOSSET ITURRASPE, "Responsabilidad...", *cit.*, p. 68.

(229) MOSSET ITURRASPE, *cit.*, p. 67.

V. LOS DAÑOS Y PERJUICIOS. EL QUANTUM INDEMNIZATORIO.

1. Complejidad de la cuestión del *quantum debeatur* en la responsabilidad civil del abogado.

Es lugar común en la doctrina la afirmación relativa a la complejidad que en materia de responsabilidad civil del abogado asume la cuestión de la cuantificación del daño (*quantum debeatur*)⁽²³⁰⁾. En efecto, con razón se ha llegado a decir que “en este ámbito surgen ciertos daños específicos – que difícilmente pueden ser localizados en otros sectores de la responsabilidad civil –, cuya determinación, acreditación y cuantificación alcanza en ocasiones un alto grado de complejidad”⁽²³¹⁾.

Dos son los problemas que plantea la cuestión del resarcimiento en la responsabilidad civil del abogado, a saber: i) qué rubros son pasibles de reclamación (comprensión del daño), y; ii) cuál es el valor que deberá otorgarse a tales rubros (extensión del daño)⁽²³²⁾.

Tales extremos serán objeto de los números subsiguientes.

2. Los rubros indemnizables.

Respecto de la cuestión de qué rubros pueden ser pasibles de reclamación en supuestos de responsabilidad civil del abogado, corresponde realizar, de forma previa, un primer distingo entre el daño material (o patrimonial) y el daño moral (o extrapatrimonial).

Tratándose de daños materiales, la doctrina coincide en que, por lo general, los supuestos de responsabilidad civil del abogado darán lugar a lo que se denomina *pérdida de la chance*⁽²³³⁾, o ya pérdida de una

(230) Vid. por todos MOREO ARIZA, y su trabajo sugestivamente titulado “La compleja configuración del daño en la responsabilidad civil del abogado”, *cit.*, p. 12.

(231) CRESPO MORA, “La Responsabilidad...”, *cit.*, p. 272.

(232) MOREO ARIZA, “La compleja...”, *cit.*, p. 11.

(233) Aunque también se habla de *pérdida de una ocasión favorable*, *pérdida de una oportunidad*, *pérdida de una expectativa*, etc. ORDOQUI, “La ‘pérdida de una chance’ como daño resarcible”, LA LEY URU- GUAY, año I, nº 1, p. 43. Vid. BARBOSA SERAFIM, *Responsabilidade Civil do Advogado pela perda de uma chance*, Turbarão, 2008, p. 57 y ss.

oportunidad, que si se la refiere al juicio deberá verse como pérdida de una oportunidad procesal^(234). En efecto, por tratar el abogado, por lo general, con material conjetural, va de suyo que su omisión o negligencia será susceptible de privar a su cliente de una chance, que podrá ser ora la de ganar el pleito y obtener así el *bien de la vida* disputado, ora la de recurrir un fallo adverso buscando así librarse de una condena que se reputa injusta, ora la de acceder a la Justicia misma, es decir, a la tutela judicial de su pretensión^(235). Empero, no pocos autores han postulado que la pérdida de la chance no es el único rubro indemnizable en supuestos de responsabilidad civil del abogado, pudiendo asimismo reclamarse el resarcimiento del lucro cesante, si asistía a la parte la certeza – difícil pero no imposible en el Derecho – de que su pretensión hubiera tenido éxito de no haber mediado la conducta culposa del profesional^(236).

En cuanto al daño moral, no parece existir impedimento alguno que obste a su reclamación en esta sede, pudiendo existir supuestos – pensamos principalmente en cuestiones de familia o ya en reclamaciones promovidas por destinatarios de medidas cautelares abusivas – en que la actitud desinteresada o temeraria del profesional acarree un padecimiento espiritual o sensación de disvalor en su cliente o en el tercero, que en modo alguno encuentra motivo para su exclusión del resarcimiento⁽²³⁷⁾

(234) REGLERO CAMPOS, “La Responsabilidad...”, *cit.*, ps. 811-812; igualmente: CRESPO MORA, “La Responsabilidad...”, *cit.*, p. 275, señalando que deben concurrir dos extremos para que se configure la pérdida de la chance procesal: imposibilidad de deducir defensas o interponer recursos, y probabilidad de que la pretensión hubiera sido admitida (*fundabilidad de la pretensión*).

(235) En este sentido, GONZÁLEZ LÓPEZ, “Responsabilidad...”, *cit.*, p. 35, señalando que el incumplimiento del profesional puede desembocar en la vulneración del derecho de su cliente a la *tutela judicial efectiva* (art. 24 Constitución española). En nuestro medio, S.C.J. S. 81/05, desestima recurso de casación quedando el abogado obligado a resarcir a la actora por *la chance que perdió de una mejor defensa* (ADCU, t. XXXVI, c. 642). Igualmente TAC 4° S, 61/05, entendió que la inasistencia a la Audiencia Preliminar deriva en la *pérdida de una chance* (ADCU, t. XXXVI, c. 643). Así también TAC 7° S. 34/05 (ADCU, t. XXXVI, c. 645), TAC 6° S. 119/04 (ADCU, t. XXXV, c. 695).

(236) DA SILVA ROCHA, “A Responsabilidade...”, *cit.*, p. 249; CRESPO MORA, “La Responsabilidad...”, *cit.*, ps. 273 y 275; BORDOLI ETCHAMENDI, “Examen...”, *cit.*, p. 55.

(237) *Contra*: MOREO ARIZA, “La compleja...”, *cit.*, p. 17.

). Empero, juzgamos que se deberá ser muy cuidadoso al momento de apreciar la procedencia del daño moral – esto es, la existencia de situaciones aflictivas profundas o que evadan de lo nimio, y la prueba de las mismas –, por cuanto es pacífica nuestra jurisprudencia en el sentido de que el mismo no procede ante situaciones aflictivas de escasa relevancia y que –salvo contadas hipótesis– debe ser acreditado debidamente para tentar a su resarcimiento⁽²³⁸⁾.

Siendo que la omisión del abogado difícilmente pueda llegar a originar un daño moral *in re ipsa*⁽²³⁹⁾, dicho rubro deberá ser adecuadamente acreditado por el reclamante y apreciado acabadamente por el órgano decisor, so riesgo de otorgar reparaciones allí donde no hay nada que reparar⁽²⁴⁰⁾.

(²³⁸) Anales de Jurisprudencia Uruguaya, t. VII, p. 1336; ADCU, t. XXXVIII, c. 139; t. XXXVI, c. 194; t. XXXV, c. 166, c. 167, c. 171; t. XXXIII, c. 134; t. XXXI, c. 190; t. XXX, c. 168; c. 169; c. 170, entre otros.

(²³⁹) Por tratarse por lo general de un incumplimiento contractual, lo que si bien no prejuzga sobre la admisibilidad de la reparación del rubro de marras (*cf.* JOSSERAND, *Derecho Civil, cit.*, p. 509) exige si que se acredite debidamente “la turbación o mortificación espiritual, dolor intenso, una angustia de fuste incuestionable del contratante a quien se ha faltado” (ADCU, t. XXXIV, c. 145; t. XXXI, c. 192). La exigencia no varía tratándose de reclamos basados en responsabilidad extracontractual.

(²⁴⁰) Tal como acontece en España, donde – según MOREO ARIZA, “La compleja...”, *cit.*, ps. 12 y 15-16 – “en la mayoría de las sentencias se considera que esa pérdida de oportunidad origina un daño moral y eso lleva a su valoración de forma indeterminada, con criterios no ponderados o no razonados, sin atender a las precisas circunstancias concurrentes, esto es, las pretensiones fracasadas. (...) Independientemente del incumplimiento que, en realidad, se atribuya, – agrega – resultan más numerosas las sentencias que configuran como daño moral el daño derivado de la incorrecta praxis profesional del abogado. Como lo señala la doctrina más cualificada en esta materia, el daño moral se convierte así en remedio para solucionar esta clase de conflictos sin entrar en la complejidad probatoria que implica valorar el éxito de una pretensión no planteada o mal planteada, con lo que se acaba admitiendo el resarcimiento de pérdidas que tienen un estricto carácter económico. (...) Además, - concluye - resulta dudoso que, de todo incumplimiento contractual de esta clase, tenga que desprenderse un daño moral. Si éste queda configurado por los supuestos de sufrimientos morales, perjuicio estético, perjuicio para la vida de relación de la víctima, esto es, supuestos en que quedan afectados derechos subjetivos de la personalidad, difícilmente podrá presumirse, sin recurrir a interpretaciones extensivas, el concepto de daño moral, pues

3. Los criterios para la fijación del *quantum*.

En lo que hace a los criterios o pautas que rigen la cuantificación del daño en esta materia, se han reconocido dos tendencias: la tendencia resarcitoria (según la cual el abogado debería reparar el daño infligido a su cliente en la misma suma de la pretensión frustrada o no ejercitada), y la tendencia reparatoria (donde no se admite la identificación del *quantum* con el importe de la pretensión originaria, debiendo procederse a su estimación según las circunstancias del caso concreto)⁽²⁴¹⁾.

En España la jurisprudencia parece evidenciar distintas soluciones en este tema, que van desde la *pérdida de oportunidad como daño moral no vinculada al hipotético juicio sobre las pretensiones o actos procesales omitidos* (tesis mayoritaria), pasando por la *pérdida de la oportunidad como daño moral pero requiriendo el examen relativo de la viabilidad de la pretensión frustrada*, hasta los criterios infrecuentes de la *pérdida de la oportunidad como daño moral de valor idéntico al de la pretensión frustrada y sin examen de su viabilidad*, y de la *pérdida de la oportunidad como daño material, requiriendo un completo examen de la viabilidad de la pretensión*⁽²⁴²⁾.

En nuestro medio parece predominar un criterio bastante diverso. En efecto, por lo pronto se acepta que la indemnización no puede consistir en el total de la ganancia esperada ⁽²⁴³⁾; ni asimismo significar

éste no debe incluir las lesiones que inciden propiamente sobre bienes económicos. Aun prescindiendo de lo anterior, se olvida también que el daño moral debe probarse...".

⁽²⁴¹⁾ MOREO ARIZA, *cit.*, p. 12.

⁽²⁴²⁾ Cfr. la exposición de MOREO ARIZA, *cit.*, ps. 13-15, con amplias referencias jurisprudenciales.

⁽²⁴³⁾ Es la posición de la S.C.J., S. 186/01 (ADCU, t. XXXII, c. 677): "La Sala comete un error al condenar al abogado demandado a abonar a su ex cliente íntegramente la suma reclamada por éste por concepto de daño patrimonial. De este modo el Tribunal dispone una reparación que infringe abiertamente el art. 1345 CC y el principio reiteradamente relevado por la Corte según el cual la indemnización no puede colocar al damnificado en mejor situación que aquella en la que habría estado si el hecho ilícito no hubiera tenido lugar". En el mismo sentido: TAC 7º, S. 34/05 (ADCU, t. XXXVI, c. 645); TAC 4º, S. 61/05 (ADCU, t. XXXVI, c. 643), donde se concluyó que las altas probabilidades de éxito de la pretensión frustrada, no significan la obligación de amparo total de los rubros y cuantías pretendidos, los que debieron ser acreditados en el proceso.

un enriquecimiento injusto a favor del reclamante⁽²⁴⁴⁾ y al momento de evaluar el monto indemnizatorio se atiende al valor de la chance en el caso concreto⁽²⁴⁵⁾, bajo la regla de que *a mayor contingencia menor valor de la chance*⁽²⁴⁶⁾.

Así las cosas, en nuestro país al momento de ponderarse la cuantía de la reparación debida se atiende, pues, al valor de la chance perdida de conformidad con las circunstancias del caso concreto, lo que implica una suerte de *juicio dentro del juicio*, esto es, “que la mayor o menor probabilidad de éxito en el juicio deberá determinarse en relación a las constancias del proceso, a la existencia de jurisprudencia y doctrina uniforme y pacífica a favor de la pretensión frustrada o en contra de la misma, y a la mayor o menor novedad u originalidad de la cuestión promovida”⁽²⁴⁷⁾.

Si el valor de la chance es relativamente alto, o muy alto, las indemnizaciones a reconocer habrán de ser mayores⁽²⁴⁸⁾; por el contrario, si el valor de la chance –atendiendo a su fundabilidad, prosperabilidad, o ya a lo opinable del punto– no es demasiado alto, las indemnizaciones tenderán a ser no demasiado cuantiosas⁽²⁴⁹⁾.

⁽²⁴⁴⁾ S.C.J., S. 81/05, LJU, c. 15.203.

⁽²⁴⁵⁾ S.C.J., S. 186/01, LJU, c. 14.371: la relevancia de la pérdida de la chance depende de los casos concretos, pues no es lo mismo la no interposición de un recurso en una hipótesis de escasa viabilidad que la no interposición en un supuesto donde las posibilidades de acogimiento son serias.

⁽²⁴⁶⁾ TAC 4º, S. 61/05, ADCU, t. XXXVI, c. 243.

⁽²⁴⁷⁾ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...*, cit., p. 447.

⁽²⁴⁸⁾ S.C.J., S. 91/05, ADCU, t. XXXVI, c. 639: 75% (setenta y cinco por ciento) del importe de las sumas de las órdenes de pago libradas descontados los gastos de la ejecución y los costos (en Segunda Instancia, el TAC 2º, S. 66/03 – LJU, c. 14.712 – había fijado el mismo porcentaje pero sobre la cuantía resultante de la subasta y deducidos los costos) en virtud de altas chances de cobro por tratarse de acreedor hipotecario; TAC 3º, S. 19/04 (ADCU, t. XXXV, c. 693): 50% (cincuenta por ciento) de la multa impuesta a sus patrocinados.

⁽²⁴⁹⁾ TAC 6º S. 119/04 (ADCU, t. XXXV, c. 695): 30% (treinta por ciento) de capital e intereses adeudados.