

APOSTILLAS RESPECTO AL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA.

MARÍA V. M. ILLA

MARÍA D. S. TROFELLI

Profesor titular de Filosofía del Derecho y ética profesional de la Universidad de la Cuenca del Plata.

E-mail: trofelimaria_cen@ucp.edu.ar

1. LAS PROFESIONES LIBERALES

Según el Diccionario de la Real Academia Española, profesiones liberales son aquellas actividades en las cuales predomina el ejercicio del intelecto, que han sido reconocidas por el Estado y para cuyo ejercicio se requiere la habilitación a través de un título académico.

Según autorizada doctrina, características de la calificación como profesional son:

- habitualidad y ejercicio de la actividad como modus vivendi;
- vinculación con un área determinada del saber científico (técnico, práctico, artesanal...);
- reglamentación estatal;
- presunción de onerosidad;
- imposición de una obligación tácita de seguridad;
- habilitación a través de un título universitario específico;
- colegiación;
- autonomía técnica derivada del saber especializado;

497

Quien ejerce una profesión está obligado a poseer los conocimientos teóricos y prácticos propios de ella, debiendo poner en su conducta la previsión y la diligencia necesarias.

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad, podemos decir que responder significa dar cada uno cuenta de sus actos, y responder civilmente lato sensu es el deber de resarcir los daños ocasionados a otros, por una conducta lesiva, antijurídica o contraria a derecho; de manera que ser civilmente responsable significa estar obligado a reparar por medio de una indemnización el perjuicio provocado a otras personas; vale decir, en definitiva, que es la forma de dar cuenta del daño que se ha causado a otro contra ius.

La responsabilidad civil de los profesionales no es más que un capítulo dentro del vasto espectro de la responsabilidad civil en general. Es la responsabilidad en la que pueden incurrir quienes ejercen una determinada profesión al faltar a los deberes especiales que ella les impone; o sea que tal responsabilidad deriva de una infracción típica de ciertos deberes propios de esa determinada actividad, ya que es obvio que todo individuo que practique una profesión debe poseer los conocimientos teóricos y prácticos propios de la misma, y obrar con la diligencia y previsión necesarias con ajuste a las reglas y métodos que correspondan.

Por otra parte, los profesionales pueden también ejecutar actos o incurrir en omisiones perjudiciales para quienes requirieron sus servicios, y aun para terceros; puesto que la obtención de un diploma no garantiza que la gestión profesional haya de ser siempre correcta y eficiente.

Empero, en lo fundamental, nada hay en la responsabilidad profesional que difiera de los principios esenciales de la responsabilidad civil en general, sin perjuicio de las particularidades propias o matices diferenciales que, en cada concreta responsabilidad profesional, puedan presentar aquellos principios genéricos.

Concordantemente con ello, nuestro Superior Tribunal ha declarado que la responsabilidad profesional es un aspecto de la teoría general del derecho de daños y se estructura con los mismos elementos que componen toda hipótesis reparatoria.



Los tribunales inferiores, por su parte, la han definido como aquella en la que incurre el que ejerce una profesión, al faltar a los deberes especiales que ésta le impone, exigiendo para su configuración los elementos comunes a toda responsabilidad civil.

Precisamente se juzga ese comportamiento con mayor rigorismo teniendo en cuenta que de los profesionales se espera más porque tienen mayores conocimientos y es superior el deber de cuidado.

Debe advertirse que las personas confían a los profesionales su salud, su patrimonio, su libertad, su vivienda y muchos otros intereses ponderables cuya protección requiere precisamente de esos mayores conocimientos.

Desde esa perspectiva, la jurisprudencia ya ha considerado en forma unánime que la responsabilidad de los profesionales ante sus clientes, es contractual ya que el vínculo entre ambas partes es un contrato de servicios.

En el mismo sentido, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha establecido en el artículo 1768 que "la actividad del profesional liberal está sujeta a las obligaciones de hacer".

Entendiendo por obligaciones de hacer a aquellas que consisten en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho, en el lugar, tiempo y modo acordados por las partes.

Las obligaciones de hacer reconocen tres modalidades de prestación:

1) Realizar cierta actividad con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito, comprendiendo los buenos oficios y los mejores esfuerzos. Es lo que se reconoce como obligaciones de medios, propias de profesionales de la salud y abogados que no pueden prometer la curación o la victoria, pero si observar toda la diligencia posible para obtenerlas.

2) Procurar o comprometer a la contraparte cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia, en si la efectiva realización de ciertos actos concretos.

3) Procurar al acreedor el resultado prometido, que es el caso por ejemplo de los profesionales que comprometen la entrega de una obra de arte o de un mueble.

El profesional liberal promete un hacer que consiste en una diligencia conforme a las reglas de la profesión, sin que pueda asegurar un resultado; de allí que la imputación sea subjetiva y pueda liberarse probando su falta de culpa. En cambio, si promete un resultado, la imputación es objetiva.

Por ello, es importante tener presente que en las obligaciones de hacer que comprometen la realización de cierta actividad con la diligencia apropiada, el cliente deberá probar la culpa en la ejecución de la actividad.

Y el profesional deberá probar que actuó con diligencia y el cuidado debido que la actividad requiere e inclusive que antes de realizar la actividad encomendada informe debidamente a su cliente y este mismo consintió fehacientemente la realización de las actividades que le provocaron el presunto daño.

2. LOS ABOGADOS

El "abogado" es un profesional al que se recurre en procura de consejo o asesoramiento, jurídico o legal, y de "ayuda" o de "defensa" para las contiendas judiciales en las que se debatan intereses de la parte requirente.

Los profesionales del Derecho son expertos que deben advertir a los clientes sobre la inconveniencia o improcedencia de presentarse en determinadas circunstancias ante los estrados judiciales o en la realización u omisión de determinados actos.

El abogado es el analizador inicial de un caso. Su enfoque da pautas importantes para la solución extrajudicial o para el planteamiento judicial.

A partir de su intervención, el asunto tiene un carácter técnico; ello, por cuanto el abogado tiene "discrecionalidad técnica", por ser él quien establece cuál es el modo de proceder y cómo va a proceder.

La labor del abogado implica examinar tales pretensiones, indagar su verosimilitud, meritar la viabilidad de la acción a deducir e, incluso, llegado el caso, aconsejar que no inicien aquello que estime habría de ser una aventura judicial, condenada al fracaso.

Si al cliente no le asiste derecho, el abogado debería rehusar la

encomienda profesional.

En cambio, si no cuenta con pruebas suficientes, la decisión de demandar o no le incumbe al cliente, pero el abogado lo debe enterar ampliamente al respecto, como, asimismo, de las eventuales consecuencias perniciosas que puede generar la promoción de la demanda.

El rol de los abogados en la sociedad es, y fue en un principio, exponer ante el juez competente (autoridad jurisdiccional, jurado o asamblea) su deseo o la demanda de alguien o bien combatir la pretensión de otro; y aunque defienden un interés particular, trascienden en su acción ese interés privado, para servir en realidad al interés público de la justicia.

Pues siendo su rol en la sociedad de prestador de un servicio de justicia, excede las respetables gestiones de patrocinio o representación en juicio; no debiendo olvidarnos de que el buen funcionamiento de la justicia interesa a toda la comunidad.

Asimismo, el abogado cumple una indudable y trascendente función social al cooperar con el Estado para que se eliminen o compongan los conflictos existentes entre los particulares, ya que "son auxiliares del órgano jurisdiccional" y trabajan al servicio del interés público, en cuanto éste persigue la composición rápida y justa de todos los conflictos.

Y el obligado de fiscalizar el correcto ejercicio de la función de abogado es el Colegio de Abogados, a cuyo fin se le confiere el poder disciplinario, que se ejercita sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales y de las medidas que puedan aplicar los magistrados judiciales.

Asimismo, cabe presumir que el abogado como servidor de la justicia y colaborador de su administración debe observar una conducta leal, actuando la misma con garantía de veracidad y buena fe, no afirmando con falsedad, entre otros actos, pues debe cuidar su responsabilidad y hacer honor a la misma.

El abogado, en cuanto profesional del Derecho, debe tener en cuenta la alta función que le encomienda la comunidad, cual es la defensa de la vida, del honor, de la libertad, del patrimonio y, en ge-

neral, de derechos relevantes de los habitantes.

En un sentido socio cultural el abogado también es un "profesional", una persona física que ejerce una profesión; es aquel que "por profesión o hábito desempeña una actividad que constituye su principal fuente de ingresos". Y profesión es sinónimo de ejercicio de una carrera, oficio, ciencia o arte.

3. LOS DEBERES DE LOS ABOGADOS.

a) Generalidades en el ejercicio profesional

Ante todo, el abogado debe ser diligente en el ejercicio de su profesión, pues en ello pone en juego su prestigio y su responsabilidad personal. Tal deber no sólo hace al desempeño forense sino también al que se cumple en sede extrajudicial.

Asimismo, el abogado debe atender personalmente las causas que se le confían. La obligación que asume es intuitu personae, y como tal, en principio, indelegable.

Si el abogado ejerce su profesión con la ayuda de otros colegas, no por ello al encomendarles la atención de los asuntos que recibe podrá desentenderse de su trámite, correspondiendo que los vigile periódicamente e imparta las directivas básicas que procedan.

Ello impone que el abogado tenga la medida y la responsabilidad de no tomar más asuntos que los que su capacidad de trabajo y la organización de su estudio jurídico le permitan. De otro modo faltará al principio ético de atención y diligencia en su ejercicio profesional.

No obstante lo cual no podemos dejar de advertir que en muchas ocasiones la necesidad de maximizar los beneficios económicos de la actividad (por ser éste su modo de vida) impone a los letrados el tomar mayor cantidad de casos de aquella que, según sus posibilidades, están en condiciones ideales de atender, más aún en los grandes centros urbanos, donde la litigación en los diversos estrados judiciales que integran la estructura jurisdiccional obliga, a veces, a trasladarse a través de considerables distancias en lapsos temporales bastante limitados.

Existen otros deberes, no menos considerables, del letrado hacia su cliente, entre los que podemos mencionar: deber de guardar el secreto profesional, deber de no inducir a engaño a los clientes, deber de probidad, lealtad y veracidad, deber de fidelidad -de creación jurisprudencial, y que comprende el deber de custodia de documentos que le entregue el cliente al letrado, etc.-.

b) Deber de información al cliente. El consentimiento informado.

Sabido es que la información no constituye sólo un conocimiento para prevenirse de ciertas consecuencias; mucho más: influye sobre las decisiones; de allí que la oportunidad, el contenido y la medida de la información merecen igual prudencia que la exigida en el cumplimiento al deber genérico de informar.

Actúe de la manera que actúe el abogado, el cliente debe proporcionar a su abogado todos los hechos y detalles relativos al caso y las pruebas de que disponga para acreditarlos, que estén en su poder o sean de su conocimiento. Ello, pues toda la información que el letrado recibe de su cliente hace pesar sobre aquél un deber de analizar críticamente la misma.

Por su parte, aceptada la causa, el abogado se obliga a brindar al cliente informaciones constantes y completas sobre la marcha del pleito. Lo que no equivale a desinformación o información excesiva; éstas someten a los individuos a reacciones negativas generando una nueva tensión, la de la decisión apropiada; de tal modo, no basta con cualquier cumplimiento del deber específico, sino con uno adecuado, en el caso, decir nada más que lo necesario.

Luego de un estudio completo del caso el abogado debe informar a su cliente cuál es el porcentaje de chance exitosa o probabilidad de éxito. Jamás aseverar el éxito en el resultado, desde que la naturaleza jurídica de la obligación del profesional liberal es de medios y no de resultado. Éste es uno de los deberes jurídicos derivados de la relación profesional-cliente, es el aporte al asistido de la debida y adecuada información para tomar la decisión en el conflicto planteado.

El abogado que considere que una acción se halla prescripta o

que va a resultar dificultoso arribar a un resultado favorable en el litigio deberá hacérselo saber al accionante -no congregando su voluntad a la del cliente para iniciar el proceso exponiéndolo a posibles resultados disvaliosos- para eximirse de eventuales responsabilidades.

El abogado está sujeto a un deber de información, hemos dicho, no sólo durante el desarrollo del proceso, sino incluso antes de iniciarlo.

El principio de buena fe, del art. 9 CCCN, rige en todos los estadios de la vinculación profesional, incluida la etapa precontractual.

La buena fe constituye un principio general del derecho al ser, en palabras de Alexy, un "mandato de optimización" que cumple numerosas funciones, como ser: regla de interpretación, fuente de derechos, correctiva del ejercicio de los derechos y eximente de responsabilidad.

He aquí el deber de información previo: la información surge implícita en toda la actividad del abogado al ofrecer el servicio profesional que precede a la relación sustancial; es entonces que surge la primera información que capta el cliente, cual es la relativa a las condiciones mismas del profesional, que tradicionalmente emana de él mismo o de los dichos de otros.

La primera información que vincula al letrado con su cliente es la de él mismo, pudiéndose observar los siguientes niveles: el relativo a la naturaleza de la prestación, modo y oportunidad para desarrollarla y ejecutarla; y el relativo al costo de la intervención.

Ahora bien, previo a comenzar cualquier acción y después de estudiado el asunto, el profesional debe informar al cliente si su planteo está o no amparado por el ordenamiento jurídico, y en caso afirmativo, explicarle cuáles serían las probabilidades de éxito judicial.

El contenido de la información incluye también, la estimación probable acerca de la posibilidad de cobro, en caso de vencer el pleito.

Por otro lado, el abogado que pretende llevar adelante una causa contrariando "criterios mayoritarios o firmes" debe informar de manera clara, oportuna, precisa y completa a su cliente.

Esta información apunta a lograr que luego de conocer los riesgos de una gestión "peligrosa" o aventurada, el cliente los asuma y

por esta vía libere al profesional de responsabilidad mientras que la falta de información mantiene sobre la cabeza del abogado el deber de reparar los daños por su actuación “disidente”, contestataria o en compañía minoritaria. Ello, pues la obtención del “consentimiento informado” hace a un deber en la relación letrado-cliente, cuya omisión puede dar lugar a responsabilidad profesional.

El consentimiento informado del cliente, implica que este fue debidamente asesorado por su letrado respecto de los alcances, efectos y consecuencias de sus decisiones respecto de la iniciación del Proceso en las circunstancias del caso en cuestión, así como durante el desarrollo del mismo y en la etapa de mediación previa.

El consentimiento informado es la declaración de voluntad efectuada por el cliente luego de haber recibido la suficiente información por parte del profesional, prestando su conformidad a un procedimiento extrajudicial o judicial, o bien, la estrategia más adecuada a sus posibilidades, teniendo en cuenta que litigar tiene un costo económico que no muchos pueden pagar, pese a la posible obtención de un beneficio de litigar sin gastos.

Este consentimiento devela dos elementos, trascendentes a la hora de probarlo: **a)** El consentimiento expreso del cliente, y, **b)** que el abogado le haya revelado la adecuada y suficiente información.

Como prevención, resulta recomendable que el abogado deje constancia por escrito de toda la información que le suministra al cliente acerca de las dificultades, inconveniencias o riesgos que presenta su caso, suscribiendo el cliente el instrumento a modo de constancia de que la ha recibido, como, asimismo, de su decisión de promover igualmente la demanda, y no estaría de más consignar también los hechos y las pruebas proporcionados por el cliente al letrado.

La aplicación de los procedimientos que efectúan las profesiones de la salud en las profesiones del derecho, podrían resguardar ampliamente la actividad profesional sobre todo si tenemos presente el art. 59 del CCCN que traducción al ámbito del ejercicio de la abogacía bien podría leerse de este modo:

Consentimiento informado para actos jurídicos, judiciales o extra-

judiciales, en el ejercicio de los derechos es la declaración de voluntad expresada por el cliente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a:

- a. El estado de del problema o conflicto sometido a análisis profesional;*
- b. El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;*
- c. Los beneficios esperados del procedimiento;*
- d. Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;*
- e. La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;*
- f. Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;*
- g. En caso de tratarse de un problema de difícil resolución favorable o que no tiene solución o se encuentre en estado terminal, el derecho a rechazar cualquier procedimiento, medidas o solución legal paliativa, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría o solución, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e insalvable;*
- h. El derecho a recibir asistencia integral en el proceso de resolución del conflicto en cuestión.*

Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la consulta jurídica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe a la persona titular del conflicto, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida, su libertad o sus bienes.

En ausencia de todos ellos, el abogado puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al cliente y acudir a las autoridades públicas para que intervengan en la resolución del conflicto suscitado...

Opuestamente a ello, es habitual en la actividad profesional aconsejar o informar verbalmente, sin que quede constancia de lo informado o, en su caso, de la estrategia adoptada (es bastante corriente en la práctica informar telefónicamente, incluso para decisiones de suma trascendencia -por ejemplo, cuando se aconseja no apelar o no iniciar determinada acción-).

Sin embargo, y volviendo a la postura anteriormente reseñada, resulta aconsejable, a fin de resguardarse de una futura acción de mala praxis, que el abogado se documente de todas las decisiones tomadas.

Claro que la suscripción de escritos hace que la parte no pueda alegar después desconocimiento de los términos del "contenido" de la acción; pero cuando el actor es una persona de escasos recursos intelectuales y sólo suministró los hechos o simple documentación, la cuestión es distinta, pues la lectura de la demanda no tiene el mismo significado para el cliente y en la relación con el abogado.

Pues, el consentimiento informado surge de la base de la autonomía de la voluntad y del principio de la maximización del bienestar, en tanto que, representa un estímulo a la autonomía individual, la protección de los usuarios, clientes y/o consumidores, el fomento de la autocrítica por parte de los profesionales, la necesidad de decisiones racionales, y el compromiso y la participación en la toma de decisiones.

Luego, la obligación de informar al cliente se mantiene durante toda la vigencia del contrato y se acentúa en el momento de su extinción. Es que la obligación de informar no tiene la restricción temporal de las obligaciones funcionales, está antes y después de la ejecución de la obra encomendada, está en la génesis de la relación y en las postrimerías, y, más todavía, condiciona significativamente la labor profesional, en tanto ésta debe adecuarse a la información que se ha dado, salvo situaciones críticas o modificaciones fácticas o técnicas que justifiquen un apartamiento.

En suma, debe informarse adecuadamente al cliente sobre los costos y beneficios implicados en la prosecución de cada uno de los caminos alternativos en la resolución del caso. Debe darse especial valor a la interacción entre el abogado y el cliente, rechazan-

do la concepción de que sea el abogado o el cliente quien deba prevalecer en la toma de una decisión, pues la noción de dominación de uno sobre otro es incompatible con el objetivo del respeto mutuo.

No se justifica la aceptación del caso por parte de los abogados respecto a la defensa de los intereses del pretense actor, pues no deben representarlo si saben que la pretensión está destinada al fracaso.

El cliente nunca impone al abogado asumir la representación que le ofrece. El abogado no puede aceptar un caso -aunque su cliente se lo pida-, si no están dadas las condiciones para poder conducir el proceso con probabilidades de éxito, aunque éste desde luego no se encuentre comprometido en absoluto.

El cliente espera como el acreedor de una obra o servicio, del profesional en cuanto al asesoramiento que le solicita, el que debe ser adecuado y comienza desde el propio planteo del caso.

No pesa sobre el abogado el deber de defender los casos que se le presentan, de allí que las leyes mencionen como derecho del abogado evacuar consultas jurídicas y defender, patrocinar o representar judicial o extrajudicialmente a otros.

Impera un generoso campo de libertad profesional en la aceptación o rechazo de la defensa y patrocinio de un cliente; asumido el patrocinio, entran a jugar ya una serie de obligaciones para con el cliente que se encuadran genéricamente en el deber de lealtad expresamente enunciado en el art. 6º, (Decreto Ley N° 119/2001 Colegio de Abogados de Corrientes. B.O. 12.03.2001) en cuanto prescribe que el abogado debe comportarse con lealtad, probidad y buena fe en el desempeño profesional.

Antes de aceptar un encargo en un proceso judicial el letrado debe examinar adecuadamente los antecedentes de la causa y las pruebas respaldatorias, para determinar su viabilidad con seriedad, profesionalmente, comportamiento que se espera de todo profesional del Derecho.

La labor del abogado no se limita a volcar al papel las circunstancias fácticas que le expone su cliente, ya que su labor es más sustancial y trascendente: debe examinar la pretensión en cuanto indagación de su verosimilitud, meritando la viabilidad de la acción

a deducir, e inclusive, llegado el caso, aconsejar que no se inicie el tránsito de aquello que se estime habría de ser una aventura judicial, condenada como tal al fracaso. El abogado debe hacer saber al cliente la medida de las posibilidades de triunfo, los escollos que se afrontarán para la eventual obtención de un resultado favorable.

c) El deber de rendir cuentas

Corresponde a los abogados rendir cuentas de la gestión de un juicio que les encomienda un cliente, no bastando como rendición una mera carta documento de aquellos con informaciones generales sobre la tarea, sino que la rendición de cuentas debe ser documentada y detallada, basándose en los documentos y comprobantes probatorios pertinentes.

La manda de rendir cuentas es inherente a toda gestión de negocios ajenos, cualquiera sea su carácter; toda persona que se haya desempeñado como gestor o mandatario o que haya realizado hechos que impliquen el manejo de fondos que no sean de su propiedad exclusiva, tiene que rendir cuentas sobre el resultado de la operación; el destinatario de la rendición de cuentas es el mandante, a quien debe dar la debida información y el resultado de los actos encomendados.

La rendición de cuentas es el estado descriptivo, verbal o escrito, respaldado con la pertinente documentación, tendiente a demostrar en partidas correspondientes al deber y al haber, la verdad de los hechos y resultados de orden patrimonial a que se ha llegado en una negociación en la que se ha actuado por cuenta ajena.

La rendición de cuentas debe contener una manifestación de los ingresos y gastos, basados en los documentos y comprobantes que los acrediten, a ello se le debe agregar un informe lo más completo posible sobre la actividad del mandatario y las explicaciones necesarias que hagan comprensibles las operaciones. Es evidente entonces que la rendición de cuentas incluye dos pasos: el informativo y el traditivo.

Es aplicable entonces la doctrina que entiende que los silencios

del profesional pueden interpretarse como seguridad, confianza, éxito logrado, por lo que más tarde, frente al fracaso, es lógico suponer que el cliente impute esa frustración a un error profesional en la conducción de los pasos procesales.

Acierta Mosset Iturraspe cuando observa que la sinceridad, la franqueza y la buena información evitan los disgustos posteriores, son el freno a una acción de responsabilidad civil injusta, paralizando el resentimiento.

El abogado es un sujeto relevante en el proceso más aún que un auxiliar de la justicia, y tanto es así que existe equivalencia entre su dignidad y la que inviste el juez, el rol de ambos están en un mismo nivel de jerarquía con la naturaleza particular de sus funciones y misiones. La búsqueda de la verdad y el sentido de justicia constituyen sagradas fundamentaciones de ambas actividades.

La tranquilidad del cliente reposa en la confianza que le genera su abogado, y dicha confianza merece tutela, por lo que si resulta defraudada proyecta consecuencias lesivas en este terreno; además encuentra apoyo en la clara asimetría que se verifica entre el lego y el profesional que la asiste (cfr. Barbier, Eduardo, Vergara, Leandro, Responsabilidad Profesional, Astrea, págs. 18/20) y es dable resaltar aquí que según la teoría general del contrato (que, en rigor, es la teoría general de las obligaciones) en el "contrato de servicios profesionales" que celebra el abogado con su cliente hay siempre un elemento "fiduciario" que consecuentemente merece adecuada tutela.

En estos casos es importante tener presente el art. 1725 CCCN que dicta pautas para la valoración de la conducta de los prestadores de servicios en los siguientes términos: "*Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.*"

Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes

Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser

en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.

La relación Abogado Cliente promedia una confianza especial y se trata tanto de la confianza objetiva incorporada a la "causa típica contractual" como a la confianza subjetiva que deriva de la autonomía de la voluntad específica en cada caso que también acostumbra verificarse.

4. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL ABOGADO

Sostiene Trigo Represas, que todavía mantiene hoy en día entre nosotros su interés y trascendencia práctica, el distingo entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, en razón de las diferencias de régimen existentes entre ambas en nuestro derecho positivo.

Por ello, constituye un primer tema a elucidar, el de establecer si la responsabilidad civil del abogado es contractual o extracontractual.

Cuando se trata de los daños causados por el abogado a su propio cliente, con el que previamente habrá celebrado, expresa o implícitamente, un contrato de prestación de servicios profesionales, su responsabilidad civil habrá de ser, lógicamente, "contractual", en razón de resultar la misma precisamente de la inejecución o mal cumplimiento de las obligaciones que el profesional asumiera contractualmente.

La Suprema Corte de Justicia ha sostenido que en el ejercicio profesional de la abogacía, frente al cliente que es asistido a través del mandato que se confiere al abogado, se aplican los principios generales en materia de responsabilidad contractual, doctrina reiterada por los tribunales inferiores.

En igual línea, se ha sostenido que, con prescindencia de cuál sea el contrato celebrado entre el profesional y su cliente, lo real y concreto es que si existe un contrato que relaciona al dañador y al damnificado, y si el perjuicio se produjo como consecuencia de la inejecución de tal contrato y no por otras circunstancias ajenas al mismo, la responsabilidad del abogado habrá de ser, necesariamente, contractual.

Existe bastante controversia sobre el tipo de contrato que vincula al letrado con su cliente. En tal sentido se habla de: **a)** teoría del mandato; **b)** locación de servicios; **c)** locación de obra; **d)** contrato innominado o atípico; y **e)** contrato multiforme o variable. Veamos:

a) Teoría del mandato: El mandato tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza (arts. 358-381 y 1319 -1334 CCCN).

Algunos autores han sostenido que el presente contrato se aplica en el caso de apoderamiento general para pleitos o de poder especial para uno determinado de ellos, siendo explícito al respecto el art. 1320 CCCN, al legislar el punto en el título "Del mandato". Pues también sustenta tal postura legislativamente el hecho de asumir el abogado todas las responsabilidades que las leyes imponen a los mandatarios, aceptado el poder conferido, sujetándose a las reglas establecidas en el Código Civil y Comercial de la Nación para esta clase de contratos.

Como mandatario judicial, el abogado está obligado a una prestación de resultado en cuanto a los actos procesales que debe cumplir específicamente. De donde la omisión de los deberes a cargo del profesional en estos casos compromete su responsabilidad, sin que sea necesario demostrar su culpa.

El resultado que se frustra consiste en los actos procesales que caducan por el no ejercicio en término de los mismos, debilitando la postura del cliente en el proceso y determinando eventualmente la pérdida del derecho que motiva la actuación judicial.

En el papel de apoderado, el abogado se encuentra obligado a una prestación de resultado con relación a los actos procesales de su específica incumbencia, tales como: suscribir y presentar los escritos correspondientes; concurrir a secretaría por lo menos los días de los denominados de nota; asistir a las audiencias que se celebren; interponer los recursos contra toda resolución adversa a su parte y, en general, activar el procedimiento en la forma prescripta por la ley.

En todos esos casos, no será necesario probar la culpa del abo-

gado, sino que bastará con la objetiva frustración del resultado esperado, consistente en los actos procesales que se precluyeron por el no ejercicio en término de los mismos, quedando clausurada la etapa respectiva, todo ello con debilitamiento de la posición del mandante en el proceso, cuando no con la pérdida definitiva de su derecho, al no deducir en término propio el o los recursos pertinentes contra un fallo desfavorable o si deja perimir la instancia.

La Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, sostiene que hay supuestos en que la culpa surge de los propios hechos -como sería, por ejemplo, en los casos de caducidad de la instancia-, produciéndose, en consecuencia, una inversión de la carga probatoria, puesto que en esas hipótesis el profesional está obligado a un verdadero resultado respecto a la realización de los actos procesales de su específica incumbencia, tales como, presentar los escritos correspondientes, concurrir a secretaría por lo menos los denominados días "de nota", asistir a las audiencias que se celebren, interponer los recursos contra toda resolución adversa a su parte y, en general, activar el procedimiento en la forma *prescripta por la ley*.

b) Locación de servicios: Se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia. Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega. (art. 1252 CCCN)

La locación de servicios es un contrato consensual, que tiene lugar cuando una de las partes se obligare a prestar un servicio, y la otra, a pagarle por ese servicio un precio en dinero.

El concepto de locación de servicios está referido a un contrato consensual que tiene además de los elementos generales de todo contrato (consentimiento, objeto lícito y posible y causa), elementos propios específicos: **1)** la prestación de un servicio por parte del locador al locatario; **2)** el pago de un precio en dinero, por el locatario, en retribución del mencionado servicio.

En función de este contrato, el letrado -locador- compromete su actividad profesional y el cliente o asistido -locatario- asume el

pago de un precio cierto en dinero excepcionalmente.

En cuanto a este tipo de contrato buena parte de la doctrina considera que se configura en el ejercicio de las profesiones liberales, con la única particularidad de que el trabajo que se brinda es de orden intelectual y no manual.

Esta opinión cuenta con importantes adhesiones con relación al quehacer del abogado, quien presta un servicio más o menos continuado de asistencia profesional, subordinado a las contingencias de todo pleito, a cambio de una retribución; pudiendo el cliente por su parte, en cualquier momento, a su criterio, hacer cesar dicha relación, salvo pacto en contrario.

No pocos autores fundan la postura de esta tesis en esta última circunstancia y en la posibilidad para el abogado de renunciar a su patrocinio en cualquier tiempo, solicitando la estimación de sus honorarios.

Se le objeta a esta tesis que no existe la nota distintiva de este contrato, cual es la subordinación del locador al locatario y la obligación de aquél de obedecer las órdenes impartidas por éste. Es que, la actividad abogadil está signada por una particular independencia o autonomía técnica en su realización.

c) Locación de obra: Para algunos autores estaríamos en presencia de una locación de obra intelectual, puesto que el abogado promete la ejecución de un trabajo mediante un precio calculado según la importancia del mismo, sin que exista ninguna relación de dependencia entre él como locador y su cliente como locatario.

Se ha dicho que habrá locación de obra cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una a ejecutar una obra y la otra a pagar por ella un precio determinado en dinero.

El motivo por el que el contrato existente entre abogado y cliente es una locación de obra que radica en la importancia del resultado, lo cual no significa que el profesional asegure el éxito de su gestión, salvo que lo hubiese garantizado expresamente.

Se ha dicho que un ejemplo de este tipo de contrato es el encargo de un dictamen, ya que no se solicita la prestación de un servicio, sino que se exige un resultado concreto, y su consecuencia, es que



la no emisión del mismo ya supone un incumplimiento contractual por parte del letrado.

Como así también el convenio celebrado por el abogado y su cliente por el cual se compromete a empezar y terminar un trámite sucesorio produciendo la rectificación de títulos en todos los bienes denunciados.

A esta postura la mayor objeción que se le formula es la de que *"el abogado no pacta una obra en sus resultados"*; lo cual ha sido rebatido por Spota, quien afirma, que *"el abogado puede prometer la defensa de su patrocinado en un juicio o en varios, con esto no quiere decirse que garantiza el resultado... Pero aquí actúa como un locador de obra. Asume también esta calidad cuando se obliga a estudiar una cuestión que se le plantea, con prescindencia de que prosperen o no las acciones judiciales que se promuevan como consecuencia del dictamen dado. En efecto, hay allí una obra intelectual, un resultado alcanzado"*

d) Contrato innominado o atípico: Para algunos nos encontramos en presencia de un contrato atípico, al cual no se le puede aplicar con propiedad ninguna de aquellas denominaciones clásicas.

Ello, por cuanto la relación profesional es sui generis y atípica, no pudiendo encasillarse en forma absoluta en un contrato determinado, ya sea de locación de servicios, de obra o de mandato.

Debemos recordar que los contratos son nominados e innominados según que la ley los regule especialmente o no. Los contratos innominados están regidos, en el siguiente orden, por: a. la voluntad de las partes; b. las normas generales sobre contratos y obligaciones; c. los usos y prácticas del lugar de celebración; d. las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad. (art. 970 CCCN)

El contrato nominado se rige por las reglas del tipo (sometido, por ende, al derecho imperativo que a éste corresponde, y llenándose sus lagunas por el derecho supletorio estatuido en el tipo).

Si un problema determinado no puede ser resuelto atendiendo a dichas normas, se acude a las reglas generales de los contratos, y

sólo a falta de ellas se busca el tipo análogo.

En los contratos innominados (atípicos) el procedimiento es el mismo. Tan sólo que, como no hay un tipo del cual partir, habrá que acudir a las reglas generales de interpretación estipuladas por el art. 970 del CCCN.

e) Contrato multiforme o variable: La doctrina mayoritaria interpreta que la prestación de servicios profesionales asume a veces el carácter de locación de servicios, otras la de locación de obra, o, en fin, la de mandato, según las circunstancias de cada caso; por lo que se ha dado en sostener que se trata de un contrato multiforme, variable o proteiforme.

Independientemente de la naturaleza del vínculo, en todos los casos la responsabilidad del abogado es estrecha y grave.

La comprometen el solo desconocimiento del derecho que profesa y practica; el consejo dado a la ligera sin el conocimiento profundo del asunto y del estudio concienzudo y hondo del derecho que lo rige; y la inadvertencia a su cliente de los peligros de una situación en que puede verse envuelto si no previene y evita el peligro con su acción dentro de las normas legales.

Asimismo, no podemos olvidar que hay quienes han hablado de gestión útil en las hipótesis de que el abogado ejerza la defensa en juicios penales antes del otorgamiento del poder para la actuación respectiva y cuando invoca el art. 48 CPCC.

No obstante pueden darse casos de *responsabilidad extracontractual del abogado*: si por ejemplo no media un contrato previo entre el profesional y el cliente, lo cual puede suceder en los casos de nombramientos "de oficio" por el juez, como tutor o curador especial (arts. 109, 34, 36, 138 CCCN) o bien cuando el damnificado es un tercero extraño al contrato entre abogado y cliente, aunque el perjuicio provenga de su ejecución, tal como ocurre vgr. en los casos de embargos trabados por error contra un tercero o abusivo contra el propio demandado (art. 208 CPCC. Pcia. Ctes.).

Para argumentar en contrario, se expone que el hecho de que el cliente no pueda elegir al abogado y no le abone, en principio, sus

honorarios, no obsta a que la responsabilidad de éste sea contractual, pues por el hecho de que a una persona se le nombre un profesional de oficio e incluso aunque después se le reconozca el derecho a litigar gratuitamente, no por ello -y por esos solos hechos- puede predicarse que no hay relación contractual entre estos últimos y su "cliente"; ello, porque por un lado no cabe duda de que al entrar en contacto éste le encomendará la gestión de su negocio -esto es, el planteamiento de una demanda o la contestación a la misma-; y por otro, aquéllos cobrarán sus prestaciones conforme a las asignaciones presupuestarias y a la distribución de fondos efectuada por los colegios.

Desde otra vertiente, y en cuanto a los daños que puedan resultar de la actuación del abogado con respecto a terceros, su responsabilidad tiene indudable carácter extracontractual. Ello podría darse, por ejemplo, al obtener un embargo manifiestamente improcedente contra la otra parte, sobre la base de elementos falsos cuando la medida hubiera producido un daño, y siempre que converjan los presupuestos que le atribuyan responsabilidad.

Un claro supuesto de responsabilidad extracontractual (frente a la contraparte) se da en el caso de la actuación temeraria o maliciosa, o litigación abusiva.

Si bien la naturaleza de las multas procesales puede llegar a ser bastante controvertida, es evidente que las mismas, al ser a favor de la contraparte (art. 45 CPCC Pcia. Ctes.), indudablemente gozan de una esencia indemnizatoria.

Y la propia ley procesal contempla la posibilidad de imponerlas a los letrados. Es una clara hipótesis de responsabilidad extracontractual frente a la contraparte (los Códigos Procesales no pueden crear nuevas responsabilidades a espaldas del Código Civil y Comercial), que se estructura a partir de un resarcimiento tarifado y deja subsistente la posibilidad de reclamar -en otro proceso- los mayores daños producidos.

Igualmente, puede a veces ocurrir que el incumplimiento de obligaciones contractuales configure simultáneamente una infracción

de deberes jurídicos impuestos por la ley; tal como sucede con el abogado mandatario o procurador que no deduce en término los recursos legales que correspondan contra una sentencia adversa a su representado, o no presenta los escritos pertinentes para impulsar el proceso, o no concurre a las audiencias fijadas en los juicios en los que interviene, etc., actividades todas éstas que constituyen a la vez a su respecto deberes legales impuestos por los arts. 11 ley 10.996.

Frente a la obligación contraída entre el profesional y su cliente, existe un deber legal de características sui generis, cuyo incumplimiento hará surgir la responsabilidad aquiliana del autor, además de la responsabilidad contractual que también le concierna.

En estos supuestos de existencia de dos regulaciones -contractual y legal- distintas, el damnificado podrá contar con el derecho de opción por el tipo de responsabilidad que más convenga a su interés,

Por ello el art. 1728 CCCN (Previsibilidad contractual) dispone: *En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento.*"

5. PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD

La tendencia doctrinaria dominante en la materia es la que considera que son sólo cuatro los elementos de la responsabilidad civil: el daño causado a otro; la existencia de un hecho que infringe un deber jurídico de conducta impuesto por el ordenamiento jurídico -antijuridicidad o ilicitud-; la relación de causalidad entre ese hecho y el daño mencionado; y un factor de atribución de la responsabilidad.

Y siendo la responsabilidad del abogado un mero apartado o capítulo especial dentro de la temática genérica de la responsabilidad civil, va de suyo que para su configuración se requiere igualmente la concurrencia de esos mismos presupuestos.

a) Antijuridicidad



La antijuridicidad consiste en un obrar contrario a derecho: la conducta que contraviene deberes impuestos por el ordenamiento jurídico.

Cuando la responsabilidad civil es contractual, la antijuridicidad resulta de la transgresión de obligaciones pactadas en un convenio previamente concluido entre el letrado y su cliente, que tiene fuerza de ley para ellos -art. 957 CCCN - e integra por lo tanto el ordenamiento jurídico, aunque su obligatoriedad está circunscripta a sólo las partes contratantes.

Tratándose en cambio de responsabilidad extracontractual, la antijuridicidad resulta de la violación a la ley en sentido material, y en particular de las normas de los arts. 1717, 1721, 1724, 1725 y 1751 y concordantes del CCCN.

Pero sin perjuicio de lo que antecede, la ilicitud puede producirse también por infracción a las específicas normas relativas al ejercicio de la profesión de abogado, como ser, entre otros: el patrocinio y defensa del cliente, obrando con lealtad, probidad y buena fe profesional lo que comporta también el deber de no abandonar intempestivamente la intervención en el juicio -art. 50 CPCC - y de no patrocinar o asesorar simultánea o sucesivamente a ambos litigantes en un mismo pleito o aceptar la defensa de una parte si ya hubiese asesorado a la otra; como igualmente, ya en función de apoderado, al interponer los recursos pertinentes contra toda sentencia adversa, concurrir al tribunal los días de notificaciones en la Oficina o Secretaría, suscribir y presentar los escritos necesarios, asistir a las audiencias judiciales, y en general activar el procedimiento; etcétera.

b) Relación de causalidad

Igualmente constituye un requisito ineludible de la responsabilidad civil, la existencia de una vinculación causal "adecuada" entre el proceder del profesional y el perjuicio sufrido por el damnificado; de forma tal que el abogado no sería responsable, pese a la incurria incurrida, si igualmente se hubiese producido el perjuicio, como sucede, por ejemplo, cuando pese a no haberse contestado una demanda, la condenación del cliente era de todas formas inevitable,

dado que el mismo era deudor de lo reclamado.

Pero en el caso del abogado el problema resulta mucho más complejo, atento que el factum sindicado como dañoso es un hecho científico o técnico, "cuyo dominio pertenece al profesional y no al cliente... El abogado es quien diseña la estrategia jurídica del caso que presenta o defiende, conoce las opiniones doctrinales y tendencias jurisprudenciales... El cliente del profesional es -normalmente- un ignorante del campo científico- técnico..., en que se mueve su co contratante".

En general, se acepta que la prueba de la existencia de una relación causal adecuada entre la conducta del abogado y el daño, queda a cargo del damnificado.

Pero ello no es así en los casos de las llamadas "presunciones de causalidad", en los que es el sindicado como presunto responsable quien, para poder eludir tal responsabilidad, debe demostrar la inexistencia del vínculo causal, o sea que el daño provino de otra causa ajena con relación a él: un caso fortuito, el hecho de un tercero extraño, el comportamiento de la propia víctima; por cuanto entonces no existirá responsabilidad en razón de no mediar una relación de causalidad adecuada entre el hecho en sí y el perjuicio sufrido por el damnificado.

Esto último es lo que sucede en distintos casos de responsabilidad "objetiva" y en las denominadas "obligaciones de resultado", que a veces son asumidas por los abogados, las que encajan sin duda dentro del marco conceptual de aquel tipo de responsabilidad.

Va de suyo que establecer cuándo se produce el fraccionamiento de un nexo causal, constituye una cuestión de hecho a dilucidarse en cada caso planteado por resarcimiento de daños.

Así, por ejemplo, una vez se rechazó una demanda dirigida contra un abogado que había perdido un cheque rechazado por falta de fondos, que le fuera entregado para intentar su cobro, por entenderse que no mediaba concatenación causal adecuada entre tal extravío y el no cobro del cheque por parte de su titular, atento que el mismo había sido rechazado por carecer el librador de fondos y



no tenía por ende ningún valor intrínseco como orden de pago, amén de que su cobro podía ser igualmente intentado por la vía del juicio ordinario; y también puede pensarse que media interrupción del nexo causal, cuando el cliente abandona a su primer abogado y se confía a otro profesional, "habida cuenta que la estrategia profesional del caso puede no haber sido suficientemente comprendida por el colega que continúa la causa".

c) El factor de atribución de la responsabilidad

A los fines de toda responsabilidad civil, es necesaria la concurrencia de un factor de atribución de la misma, subjetivo u objetivo, que la ley reputa apto o idóneo para señalar en cada caso a quien habrá de ser el sujeto responsable.

La responsabilidad del abogado, lo es por su hecho propio o personal; razón por la cual el factor de atribución ha de ser, en principio, subjetivo: la imputabilidad por culpa, o en su caso por dolo, del agente del daño.

Sin embargo, en ello habrá de influir, siempre, el contenido de la prestación a cargo del letrado, según sean las por él asumidas obligaciones de "medios" o de "resultado".

Obligación de "medios" es la que sólo impone diligencia y aptitud para cumplir las medidas que habitualmente conducen a un resultado, pero sin asegurar su obtención; obligación de "fines" es, en cambio, la que compromete un concreto resultado determinado.

En el caso de los abogados, la obligación que los mismos suelen asumir en general es de "medios", dado que no se pueden comprometer a ganar un juicio o litigio, sino únicamente a poner de su parte todos sus conocimientos, aptitud, empeño y dedicación en procura del resultado esperado pero no asegurado.

No obstante, también pueden obligarse a un "resultado", tal como sucede, por ejemplo, cuando el abogado se compromete a redactar un contrato o un estatuto societario, o a realizar una partición, etc.; considerándose en general que el abogado se encuentra asimismo obligado a una prestación de este tipo, con relación a los actos pro-

cesales de su específica incumbencia, tales como: suscribir y presentar los escritos pertinentes, concurrir a Secretaría al menos los días asignados para "notificaciones en la oficina", asistir a las audiencias que se celebren, interponer los recursos legales contra toda sentencia adversa a su parte y, en general, impulsar el procedimiento en la forma de ley.

Ha de insistirse que en las obligaciones de "fines", el factor de atribución de la responsabilidad deviene objetivo, razón por la cual en estos casos se tiene al profesional por responsable de los daños que se deriven de la frustración del resultado, sin necesidad de la prueba de su culpa.

O sea, que la acreditación de la circunstancia objetiva de la no obtención del resultado perseguido desplaza a la culpa, no porque no exista, sino porque en las obligaciones de "fines" la misma carece de interés y queda fuera de la cuestión, en razón de que la prestación tenía por meta un objetivo determinado concreto.

El incumplimiento no se configura por la sola circunstancia de la no obtención del fin esperado, cuando la obligación asumida por el abogado es de "medios" y sólo se ha comprometido de su parte a una prestación idónea de sus servicios profesionales -emplear todos sus conocimientos, diligencia, pericia y prudencia- en procura de un resultado favorable pero cuya obtención no puede, sin embargo, garantizar -vgr ganar un pleito o lograr la absolución de su defendido en una causa penal, etc.-. Por ello es que en estos casos quien pretenda del abogado una indemnización, deberá demostrar que la frustración del éxito esperado acaeció por "culpa" del profesional si, por ejemplo, actuó negligentemente en el estudio de la causa, articulando defensas impropias, infundadas o absurdas, o por no haber tenido conocimiento de lo que un profesional de su jerarquía habría debido y podido saber; o, dicho de otra manera, que actuó con negligencia, imprudencia, impericia y/o desidia.

Por lo demás, aun sin acudir al distingo entre obligaciones de medio y de resultado, buena parte de nuestra doctrina entendió asimismo que cuando el abogado actúa patrocinando a su cliente



o ejerciendo la dirección letrada del juicio, su responsabilidad no puede tenerse por configurada por la mera circunstancia de no haber prosperado en la litis la pretensión de su parte, siempre que la postura técnica asumida tenga razonable apoyatura en alguna de las fuentes del derecho vigente; de forma que sólo se compromete la responsabilidad del profesional, cuando el fracaso obedece a una actuación negligente o a errores jurídicos inexcusables.

Sin embargo, con relación a la prueba de la culpa, hoy se admite en general que rige el principio de las "cargas probatorias dinámicas", conforme al cual el onus probandi pesa sobre quien se encuentra en mejores condiciones de hacerlo, que a priori es el propio profesional cuando se trata precisamente de responsabilidad profesional.

El Nuevo Cód. Civ. Y Com. en su art. 1724 define a los factores de atribución subjetivos como: a) La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. Y b) El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

Se puede decir entonces que existe culpa cuando por negligencia, descuido, falta de precaución o imprudencia, no se obró como habría debido hacerse, provocándose un daño; pero sin que media-se ningún propósito deliberado en tal sentido por parte del agente.

O sea que la culpa viene a caracterizarse por dos notas igualmente negativas: está ausente o "falta" la voluntad o intención de perjudicar: pero igualmente media omisión, por cuanto no se adaptan (faltan), las diligencias adecuadas para evitar la producción del daño.

La culpa a su turno puede presentarse bajo distintas formas.

Como negligencia, consiste en la omisión de cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso; es decir: no se hace o se hace menos de lo debido.

Como imprudencia, cuando por el contrario se obra precipitadamente, sin prever cabalmente las consecuencias que pueden derivarse de ese obrar irreflexivo: se hace lo que no se debe, o en todo

caso más de lo debido.

Y, ya concretamente con relación a los profesionales, como impericia o desconocimiento de las reglas y métodos propios de la profesión de que se trate, ya que todos los profesionales deben poseer los conocimientos teóricos y prácticos pertinentes, y obrar con previsión y diligencia con ajuste a los mismos.

En lo atinente a la culpa o negligencia del abogado, se ha formulado igualmente otro distingo de trascendencia, entre las cuestiones de "hecho" y de "derecho".

Al letrado le corresponde la selección de los hechos, normas y desarrollos argumentativos, por lo que no puede limitarse simplemente a reproducir las circunstancias fácticas que le fueran expuestas por el cliente, sino que debe aprehenderlas y valorarlas a la luz de las preceptivas e instituciones jurídicas, para así escoger de entre todas ellas, "los hechos en base a los cuales `constituirá', `organizará' el caso, preparará la prueba, desarrollará la teoría aplicable y elaborará la argumentación destinada a convencer a los jueces de la razón que asiste a su cliente".

Por ello, es que se ha decidido que la responsabilidad del abogado puede nacer aun antes de que exponga en un escrito judicial los hechos que le indique su cliente, ya que primero debe examinar y apreciar su verosimilitud, como también la viabilidad de la acción a deducir sobre la base de los mismos; e igualmente que es responsable por la falta de claridad en la exposición de los hechos, aunque hubiese repetido lo que le manifestara su cliente, si ello facilitó el triunfo de la otra parte.

Por el contrario, en punto a las cuestiones de "derecho", nuestra jurisprudencia ha entendido en general que no media responsabilidad del abogado en los casos de errores científicos, aun de haber sido controvertidas las teorías o interpretaciones hechas valer por el mismo en su argumentación; sosteniéndose que sólo existirá culpa profesional en los casos de impericia u olvido de las precauciones que la prudencia ordinaria prescribe, o de las reglas admitidas por todos como ciertas.

Y ello es tanto más así, si se advierte lo complicada que puede llegar a ser la tarea de desentrañar el contenido de las normas jurídicas, máxime teniendo en cuenta "...que las leyes varían... en su sentido, sin cambiar en las palabras, por obra de la jurisprudencia interpretadora, que suele tener períodos vacilantes y ondulatorios, inclusive para consagrar las rectificaciones más opuestas y novedosas".

Tratándose de errores de "derecho" en un litigio judicial, se ha señalado inclusive que sus consecuencias pueden no ser tan relevantes, atento que tales errores en cuanto al fundamento de la litis pueden quedar subsanados por aplicación del principio iura curia novit, en cuya virtud el juez puede elegir libremente la norma o normas que conceptualicen el caso sometido a su decisión, con prescindencia de la designación técnica que le hubiese podido dar la parte a la situación de hecho litigiosa.

Hoy en día se acepta en general que la responsabilidad profesional se ajusta a las reglas generales en materia de responsabilidad civil, por lo que desde el momento en que el tribunal pueda dar por probada con certeza la existencia de una culpa cometida por un profesional, sea cual fuese su naturaleza -profesional o no-, sea cual fuese su gravedad -lata o leve-, debe condenar al autor a reparar las consecuencias dañosas de la misma.

Con este entendimiento se ha resuelto entre nosotros que no existe ninguna razón para limitar el deber de resarcir de los profesionales únicamente a los casos de culpa grave de su parte, por lo que se ha decidido igualmente que existe responsabilidad del abogado por cualquier clase de "culpa" -grave, leve o levísima- en la que hubiese podido incurrir.

Aunque mucho menos probable, también puede darse el caso de responsabilidad por "dolo" del abogado, en los supuestos de consejos dolosos o maliciosos dados por el mismo a su cliente, que puedan derivar en daños a terceros.

Así, vgr., incurriría en este tipo de responsabilidad el profesional que aconseje deliberadamente a su cliente, pronto a iniciar un juicio de divorcio y disolución de sociedad conyugal, que "vacíe" su

hogar de muebles y bienes, como así la caja de valores bancaria, etc., y los esconda donde no puedan ser hallados e incluidos como parte del acervo conyugal a repartir; o quien sugiera formular una denuncia criminal contra un tercero, para que éste no pueda comparecer en el momento que corresponda para cotizar en una licitación o remate, o participar en un concurso, etcétera.

Sobre el respecto se ha dicho que tal responsabilidad puede existir por aplicación de lo establecido en el art. 1081 del Código de Vélez, que mencionaba entre los responsables solidarios de todo delito civil, a los "consejeros"; ya que, entendiéndose por tal a quien da "su parecer o dictamen para hacer o no hacer" algo, dentro de tal concepto puede encuadrarse perfectamente al abogado que dé un consejo doloso o malicioso, "por el cual y siguiendo al mismo, el aconsejado realiza un acto que ocasiona un daño a la persona, a la honra o al patrimonio de un tercero", en cuyo supuesto "el profesional requerido... reviste la categoría de un verdadero instigador de la conducta asumida por el aconsejado". Obviamente la prueba del "dolo" es a cargo de quien pretenda su existencia.

Criterio que ha sido distorsionado por el art. 1751 del Nuevo Cod. Civ. Y Com. en tanto dispone que: "*Si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias. Si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes.*" En función de que, el tercero, damnificado por el asesoramiento del abogado deberá probar efectivamente la participación en el hecho dañoso como participe o instigador.

A mayor abundamiento, existen algunos supuestos concretos previstos legalmente, en los que de ordinario ha de haber mediado un consejo doloso, o al menos imprudente, por parte del abogado interviniente, tal como ocurre en los casos de: embargos abusivos; petición "con dolo o culpa grave" de una quiebra después revocada; o, en fin, en los casos de conducta "maliciosa o temeraria" asumida en el pleito por parte de quien luego lo pierde total o parcialmente.

"Al litigante, en la mayor parte de los casos no se le puede atribuir

conciencia de la propia sin razón, porque la propia sinrazón es, generalmente, una cuestión de derecho y es precisamente el abogado quien en este aspecto le da consejo, lo asesora”.

Aunque se ha resuelto que en estos casos el animus nocendi debe ser manifiesto o notorio, por lo que se ha considerado inaplicable el precitado art. 45 del CPCC, si el consejo o procedimiento equivocado pudo obedecer a un animus defendendi.

d) El daño

Un aspecto peculiar de la responsabilidad del abogado lo constituye la determinación del daño indemnizable, ya que si bien la frustración de un negocio jurídico debida a un deficiente asesoramiento, o la pérdida de un juicio por omisiones o errores imputables al abogado, configuran un daño cierto, lo real es que en estos casos la indemnización no puede consistir en el importe total de la operación no concretada o en el de la suma pretendida en la demanda desestimada, por tratarse de resultados que de todas formas eran inciertos y dependían de otras circunstancias ajenas al profesional, y por cuanto además ya nunca se podrá saber si en otras condiciones el negocio se habría o no concluido, o si hubiese o no sido favorable la sentencia judicial.

Por ello es que el resarcimiento sólo puede consistir entonces en la pérdida de la “chance” o posibilidad de éxito, cuyo mayor o menor grado de probabilidad habrá de depender en cada caso de sus particulares circunstancias fácticas.

Así, si la expectativa fracasada era muy general y vaga, podría quizá no corresponder ninguna indemnización, por tratarse de un daño puramente eventual o hipotético; por lo que se han rechazado demandas de daños dirigidas contra abogados que no recurrieron una sentencia adversa, cuando su parte tenía muy pocas o ninguna posibilidad de triunfar en ese juicio, lo cual ocurre por ej. si actuaba como demandada y había reconocido el crédito que se le reclamaba y la procedencia del cobro intentado en su contra.

Por el contrario, puede suceder que la posibilidad sea bastante

cierta o muy fundada, tal como ocurre cuando el demandado por daños resultantes de un accidente de tránsito ha sido condenado en sede penal, ya que entonces es prácticamente ineludible la sentencia civil favorable a la víctima, atento a la no discutibilidad del suceso y de la culpa de su autor en esta última sede, conforme a lo dispuesto por el art. 1776 CCCN.

Pero ante todo debe estar demostrada la efectiva pérdida de la “chance”, lo que obliga primeramente a acreditar la imposibilidad de promover nuevamente la misma acción, lo que en principio sería factible si la misma no se halla prescripta y no media cosa juzgada sobre el fondo de la cuestión litigiosa.

Ya que, si la litis fracasada puede volver a intentarse, estaríamos más bien frente a un daño emergente concreto, con relación al cual la indemnización no podría ir mucho más allá del importe de las costas devengadas en el juicio perdido.

6. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha logrado establecer, a modo de instructivo, un modus operandi con base en los deberes del abogado destinado a resguardar en principio al cliente de un eventual perjuicio y, también, al abogado.

Principalmente, al abogado pues si bien en los estudios de grado mucho se enseña sobre la ley, poco se sabe de cómo organizar un estudio, como trabajar con los casos que llegan al estudio o como asesorar a un cliente, sin comprometer sus derechos y resguardando la responsabilidad del profesional.

Posiblemente, sea una regla implícita en el ejercicio de la profesión. Y aun así, pocos son los que se cifan a ella. Y quizás, otro tanto, por desconocimiento o falta de instrucción es que ello ocurre. Y esta es una tarea pendiente y en evolución para los Colegios de Profesionales, que conforme vayan reforzando sus estructuras deberán capacitar al profesional del derecho en cuestiones como estrategia, toma de decisiones, atención al cliente, resguardo, cum-

plimiento de deberes y sobre todo responsabilidad.

La abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia.
Eduardo Juan Couture.
(1904-1956)

BIBLIOGRAFIA

- Abeledo Perrot OnLine Fiorito, Cecilia del C. "Responsabilidad civil de los abogados" APBA 2010-4-375

- Campos J. Nuevo Código Civil y Comercial Argentino: Responsabilidad de los profesionales. Rev Col Odont Entre Ríos, 2015 N°141:18-21

- Cortiñas, María Alejandra "Delimitación de la responsabilidad por mala praxis profesional del abogado" Fallo Comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E ~ 2011-02-17 ~ Abelenda, Diego Alberto c. Mermelstein, Feliciano y otro La Ley Publicado en: RCyS 2011-VIII, 116

- Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad de los Profesionales, Ed. Rubinzal, pág. 527

- Palacio, Lino, Derecho Procesal Civil, pág. 154

- Parellada, Carlos A., "Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional", Bs. As., Astrea, 1990, p. 93, párr. 27 y nota 57.

- Roberto Vazquez Ferreyra. La Responsabilidad Civil Profesional en el Nuevo Código. Publicado por Thomson Reuters. 08/04/2015.

- Trigo Represas, Félix, Responsabilidad civil del Abogado, Hammurabi, 1996, pág. 36

FALLOS

- CSJN Bs. As., 28/6/2006, "Murúa, Alberto S. v. Massera, Armando E. y otro s/ daños y perjuicios"

- C. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala 1ª, 1/9/1992, "López, César v. Gorchs, Guillermo s/ daños y perjuicios"; C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, 6/2/2003, "Sendra, Roberto E. v. Crespo, Raúl F. s/ daños y perjuicios"

- "Abelenda Diego Alberto c/ M. F. y otro s/ daños y perjuicios - resp. Prof. Abogados" Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. 17-feb-2011. MJ-JU-M-63986-AR | MJJ63986 | MJJ63986

- "C. R. . c/ U. S. E. y otro s/ rendición de cuentas" Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil 6-sep-2011 MJ-JU-M-68622-AR | MJJ68622 | MJJ68622

- "D. G. c/ G. M. y otro s/ daños y perjuicios" Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil 17-mar-2011

