

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO

Manuel Cornet*

Sumario: 1. Introducción. 2. Presupuestos de la responsabilidad civil del abogado. 3. Distingo entre obligaciones de medios y de resultado. 4. Importancia de la distinción. 5. Naturaleza jurídica de la obligación del abogado. 6. El contenido de la prestación del abogado. 7. Cuestiones de hecho y de derecho. 8. La prueba de la culpa. 9. Pactos sobre la carga probatoria. 10. El daño. 11. Naturaleza de la responsabilidad. 12. El contrato de prestación de servicios profesionales: a) Teoría del mandato; b) Locación de servicios; c) Locación de obra; d) Contrato innominado o atípico; e) Contrato multiforme o variable. 13. Cláusulas limitativas de la responsabilidad. 14. Deber de informar.

1. Introducción

Si vemos los repertorios jurisprudenciales y las obras doctrinarias advertimos que el tema de la responsabilidad civil de los profesionales liberales es un capítulo importante del derecho de daños, pero sin ninguna duda, la que ocupa un lugar de preferencia

* Profesor titular de la Cátedra de Derecho Civil II y director del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Católica de Córdoba.

es la responsabilidad de los médicos, en cambio, de los otros profesionales hay poco, y muy de vez en cuando.

En cuanto a la responsabilidad de los abogados, son más frecuentes los casos de procesos por presunta violación de la ética profesional, que se tramitan ante el Tribunal de Ética Profesional del Colegio de Abogados.

Es curioso que, pese a que la gente mira con "sospecha" a los abogados, que no gozan del prestigio de los médicos ni de los escribanos, sin embargo, no son tantos los juicios que se les inician por "mala praxis".

Como analizaremos seguidamente, ello obedece a varias razones, por un lado es difícil acreditar la culpa, normalmente los daños producidos son por pérdida de chances, y ello hace que sea difícil la cuantificación y de incierto resultado y la misma desconfianza a los abogados hace que no se quiera emprender otro juicio.

2. Presupuestos de la responsabilidad civil del abogado

Antes de analizar los presupuestos de la responsabilidad civil del abogado, debemos tener presente que la abogacía es una profesión liberal, cuyas notas —conforme con la recomendación de la Comisión N° 5 de las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan, 1989)— son las siguientes:

- Habitualidad en su ejercicio;
- Actividad reglamentada;
- Necesidad de previa habilitación;
- Presunción de onerosidad;
- Autonomía técnica;
- Sujeción a colegiación;
- Sumisión a principios éticos;
- Sometimiento a potestades disciplinarias.

Con respecto al régimen legal nuestro Código Civil, siguiendo el ejemplo del Código de Napoleón, no contiene ningún precepto re-

lativo a la responsabilidad de los abogados, ni siquiera en cuanto al encuadramiento civil de esta profesión.

El Código destina unas pocas disposiciones a la contratación de servicios, sólo seis artículos (arts. 1623 a 1628), los que además de ser insuficientes, exhiben una obsolescencia terminológica.

Sobre las obligaciones de hacer, que constituyen el aspecto nuclear del contenido deudor, existen siete artículos (arts. 625 a 631).

Con excepción de la profesión de constructor o arquitecto, las demás actividades profesionales no han tenido ninguna regulación específica, no sólo en el Código Civil argentino, sino tampoco en el francés, en el español y en general en el resto de los ordenamientos jurídicos continentales.

En nuestro país, la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240) excluye a los profesionales liberales (art. 2º), en cambio sí están contemplados los profesionales en el Código de Defensa del Consumidor de Brasil, que expresamente en el artículo 14 se establece: ***“La responsabilidad personal de los profesionales liberales será constatada mediante la verificación de culpa”***.

Lo anterior conduce a que la responsabilidad civil de los abogados deba construirse —como en Europa— sobre los desarrollos jurisprudenciales y doctrinales exclusivamente, basados en la normativa común de la responsabilidad civil.

En Brasil, el Código Civil, en la parte de los actos ilícitos (responsabilidad extracontractual), regula en el artículo 1545 la responsabilidad de los médicos (médicos, cirujanos, farmacéuticos, parteras y dentistas), pero nada dice de los abogados.

Conforme con lo que venimos exponiendo, la abogacía se inserta en el mismo cuadro de las demás profesiones y sus presupuestos son los de la responsabilidad civil en general.

Los presupuestos de la responsabilidad civil o del deber de reparar un daño son cuatro:

a) **Antijuridicidad: incumplimiento o ilicitud.** Es toda conducta contraria al ordenamiento jurídico considerado en su totalidad y no en relación con sectores normativos en particular. Com-

prende cualquier obrar contrario a derecho, como así también el ejercicio abusivo del mismo.

b) **Daño: material, moral.** Sin la presencia de un daño o perjuicio, no hay acción de responsabilidad civil.

Debe haber un daño, o sea, un menoscabo patrimonial o moral cierto (presente o futuro) que lesione un interés legítimo.

c) **Causalidad:** qué causó el daño y la medida de la reparación están dados por la relación de causalidad. Se busca encontrar una relación de causa-efecto entre el daño y el hecho de la persona o cosa al cual se atribuye su producción.

d) **Factor de atribución:** es el fundamento del deber de reparar un daño, es la razón que justifica la obligación de reparar. Los factores de atribución pueden ser subjetivos u objetivos:

- Subjetivos: dolo y culpa, se atribuye al responsable una conducta reprochable.
- Objetivos: la teoría del riesgo (art. 1113, CC, segunda parte); la equidad (art. 907, CC); la garantía (art. 1113, CC, primera parte); la solidaridad social (caso derecho del trabajo, atentado a la embajada de Israel).

Según Trigo Represas¹ la responsabilidad profesional es aquella en que pueden incurrir quienes ejercen una determinada profesión, al faltar a los deberes específicos que ella impone; o sea que tal responsabilidad deriva de una infracción típica de ciertos deberes propios de esa determinada actividad, ya que todo individuo que practique una profesión debe poseer los conocimientos teórico-prácticos propios de la misma, y obrar con la diligencia y la previsión necesarias ajustándose a las reglas y los métodos que corresponden.

Para que se ponga en juego el aparato de la responsabilidad, es necesario que exista una falta profesional del abogado o el incumplimiento de sus deberes profesionales. Para que quede configurada la responsabilidad deben concurrir ciertos presupuestos, tales

¹Trigo Represas, Félix, *Responsabilidad civil del abogado*, Bs. As., Hammurabi, 1981, p. 101.

como: a) una obligación preexistente; b) falta profesional (impericia, imprudencia, negligencia, inobservancia de los deberes y reglamentos a su cargo); c) un daño ocasionado; d) el determinismo causal entre el acto del abogado y el daño ocasionado, y e) la atribución del daño sobre la base de un factor de imputación subjetivo u objetivo.

Ordinariamente la responsabilidad del abogado se basa en un factor de atribución subjetivo: el hecho de haber incurrido en culpa en el ejercicio de su quehacer específico.

La doctrina actual coincide en que la "culpa profesional" no es otra que aquella en la cual puede incurrir un profesional en el ejercicio de su actividad, y en tal sentido se puede hablar de una "culpa comercial", una "culpa industrial", una "culpa del productor agrario", etcétera².

La culpa del abogado es la común o corriente, que resulta de los artículos 512, 902 y 909 del Código Civil y el tipo de comparación es el de un profesional prudente y diligente de la categoría o clase en la que se encuadra el deudor en cada caso concreto³.

Con el fin de precisar el concepto de culpa, ésta puede presentarse bajo tres facetas distintas:

a) como "**negligencia**", cuando el sujeto omite cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso; no hace lo que debe o hace menos;

b) como "**imprudencia**", cuando se obra precipitadamente, sin prever por entero las consecuencias en que puede desembocar ese obrar irreflexivo;

c) por último, con especial referencia a los profesionales, como "**impericia**", cuando se desconocen las reglas y métodos pertinentes, ya que es obvio que todo individuo que ejerce una profesión debe poseer los conocimientos teóricos-prácticos de la misma, y obrar con la previsión y diligencia necesarias para ajustarse a ellos.

² Ramírez, Jorge Orlando, *Indemnización de daños y perjuicios*, t. 5, Bs. As., Hammurabi, 1984, p. 15.

³ Conf. IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, San Juan, 1989, Recomendación de la Comisión N° 5.

En el caso del abogado, la negligencia suele presentarse como “desidia”, o sea, como inercia o inactividad que perjudica al cliente que le confió la defensa de sus intereses.

3. Distingo entre obligaciones de medios y de resultado

En términos sencillos esta clasificación de las obligaciones consiste en:

a) **Obligaciones de medios:** el deudor, en este caso el médico, se obliga a realizar una conducta diligente, o sea que sólo se compromete a poner de su parte los medios que razonablemente conduzcan al resultado que se tuvo en mira, esto es, en lo posible, la salud del paciente, pero sin garantizar o asegurar ese resultado. A este tipo de obligaciones también se las llama “de actividad”, porque la deuda del deudor es su propio trabajo.

b) **Obligaciones de resultado:** el deudor se obliga a mantener una conducta diligente, que le permita llegar al resultado que garantiza; es el caso de la construcción y del transporte, entre otros, la obligación “de dar”, que normalmente se cobra en el momento de la consecución final del servicio o cosa producida.

4. Importancia de la distinción

La importancia de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado radica en el factor de atribución de la responsabilidad y en la prueba del incumplimiento o prueba de la culpa.

Respecto del régimen probatorio, en las obligaciones de resultado basta con que el acreedor invoque que no se logró el resultado garantizado, para que el deudor acredite que ello se debió a una causa extraña o ajena, o a un caso fortuito o de fuerza mayor.

En las obligaciones de medios, no es suficiente probar la mera no obtención del resultado (ganar el juicio), ya que éste no se aseguró o garantizó, sino que también se debe demostrar que ello acaeció por culpa o negligencia del obligado.

En las Primeras Jornadas Rosarinas sobre Temas de Derecho Civil (Rosario, 1988), la Comisión N° 2 recomendó *de lege lata*: “[...] 5. En materia de responsabilidad profesional, rige la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado. Dicha división no involucra una rigidez en la carga probatoria, ya que tanto puede tener que probar el actor como el demandado. Lo trascendente es que en los deberes de actividad la responsabilidad es subjetiva, mientras que en los deberes de fines la responsabilidad es objetiva”.

Roberto H. Brebbia, en disidencia parcial con la conclusión precedente, sostuvo que la responsabilidad en las obligaciones de medios y de resultado tiene carácter subjetivo.

La doctrina y la jurisprudencia brasileñas por su parte, distinguen las obligaciones de medios y de resultado, pero en esa distinción no tienen en cuenta el factor de atribución, puesto que en las obligaciones de medio hay que probar la culpa, y en las de resultado la culpa se presume⁴.

Siguiendo a Alberto J. Bueres en su obra sobre la responsabilidad de los médicos, tenemos que en principio el cliente debe demostrar la relación causal y la culpa del abogado, a fin de responsabilizar a este último⁵; en los hechos, la prueba de estos extremos se superpone, se fusiona y dificulta el establecimiento de una neta separación. Si bien la causalidad y la culpabilidad son presupuestos distintos, lo cierto es que están ligados, de modo que, si el abogado realiza una intervención con diligencia y corrección, no causará daño, y si no existe ese presupuesto, no habrá causalidad, pues faltará un ingrediente esencial de la relación causal, y por lo mismo no existirá autoría.

⁴ Kfoury Neto, Miguel, *Responsabilidade civil do médico*, 3ª ed., Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, Brasil, 1998, ps. 166 ss.

⁵ Bueres, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, t. 1, 2ª ed., Bs. As., Hammurabi, 1992, ps. 82 ss.

5. Naturaleza jurídica de la obligación del abogado

En el caso del médico y del abogado, ni uno asegura que va a curar al enfermo, ni el otro que va a ganar el pleito, sino que ambos se comprometen a cumplir una prestación eficiente e idónea, con ajuste a los procedimientos que las respectivas técnicas señalen como los más aptos para el logro de sus fines, pero sin poder dar certeza de que los mismos se puedan alcanzar.

El abogado no puede asegurar el éxito de un juicio o proceso, sino el empleo de las técnicas adecuadas para ello, la utilización de los medios apropiados para lograr un resultado exitoso, poniendo toda su ciencia, diligencia, experiencia, prestigio y prudencia en el tratamiento del caso que se le ha confiado.

Por ello, le corresponde al damnificado, quien alega el incumplimiento de esa obligación por parte del abogado, probar la invocada relación de causalidad entre la culpa profesional y el daño que alega.

Siguiendo al Derecho francés, expresa Luis Andorno⁶, que el letrado patrocinante, defensor y asesor legal asume la obligación de actuar con prudencia y diligencia (medios), poniendo únicamente de su parte todos sus conocimientos, a fin de obtener un fallo favorable, sin poder garantizar el éxito del pleito. El abogado se debe limitar a informar al cliente si su derecho está o no amparado por la ley y cuáles son, en su caso, las probabilidades de éxito judicial.

Para Jorge J. Llambías⁷, la obligación del abogado y del procurador es de medios, por lo que el cliente que les impute incumplimiento debe establecer su culpa en el ejercicio de la profesión.

⁶ Andorno, Luis, "La responsabilidad de los abogados", trabajo publicado en *Derecho de daños*, Bs. As., La Rocca, 1989, ps. 473 ss.

⁷ Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. IV-B, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1980, ps. 149 ss.

6. El contenido de la prestación del abogado

Es importante determinar si el abogado actúa como asesor, patrocinante, mandatario, consultor o defensor en un proceso penal.

Como apoderado o patrocinante, en relación con los actos procesales su obligación es de resultado, aquí el profesional se obliga a comparecer, contestar la demanda, ofrecer la prueba, asistir a las audiencias, alegar, apelar, etc. (en esos casos no es necesario probar la culpa del abogado, sino que basta con acreditar la no realización del acto procesal).

En relación con el resultado del juicio, la obligación del abogado es de medios, ya que, reiteramos, no puede asegurar ni garantizar un resultado favorable y si lo hubiere hecho habría incurrido en una falta ética, conforme con lo previsto por el artículo 22, inciso 7, de la ley 5805.

En este sentido se ha resuelto:

"1. El aviso publicitario efectuado por un abogado, que garantiza el resultado del probable pleito sin llegar a conocer su contenido, configura la situación prevista por el art. 10, inc. e, de la ley 23.187.

"2. Por principio ético el abogado debe ser cauto al plantear a su cliente las posibilidades que tiene en un conflicto cuyo trámite le confíe, [y no] inducir a expectativas falsas, a crearle un erróneo alcance de las perspectivas del caso, conforme lo establecido por el art. 19 del Código de Ética del Colegio Público de Abogados" (*LL*, 1987-E-303, Fallo N° 86.023, CNFed. Contencioso-administrativa, Sala IV, setiembre de 1987).

Si el abogado es consultor o defensor penal, sólo se le pide su consejo legal, y su obligación es de medios: aquí promete su diligencia, pericia y prudencia, con el fin de obtener un resultado favorable; en este caso hay que probar la culpa del profesional para tener por acreditado el incumplimiento⁸.

De acuerdo con Trigo Represas, "obviamente el abogado nunca

⁸ *JA*, 1977-I-755; *LL*, 1983-B-646; *ED*, 104-467.

está en condiciones de asegurar un resultado exitoso en un litigio judicial, aun contando con precedentes jurisprudenciales y doctrina en su favor, dado que en definitiva los juicios los decide un tercero, el juez, quien puede muy bien no compartir las alegaciones y valoraciones de las partes del proceso, por más acertadas o correctas que las mismas puedan, en principio, parecer o resultar; lo cual es así como lo apunta **Cueto Rua**, porque 'Los jueces de quienes depende la definición y la decisión del litigio son seres de carne y hueso, cada uno con sus creencias, sus ideas, sus preferencias, sus ideologías, sus intereses, sus prejuicios, sus propias experiencias vitales, constructivas o destructivas, instructivas o deformantes'. Y por ello es que el abogado sólo puede formular predicciones acerca de la probable decisión judicial del caso y nada más; el cliente —**dice Cueto Rua**— desea saber cuáles son las perspectivas de éxito o de derrota, y espera de su abogado un juicio fundado sobre el particular, siendo exclusivamente lo único que puede pretender y exigir del mismo"⁹.

Por último coincidimos con el maestro santafesino **Jorge Mosset Iturraspe** en que "la crisis del servicio de justicia tiene mucho que ver con el modo de cumplir sus funciones abogados y jueces, con la pericia y la diligencia desplegadas, atento a que el desconocimiento del saber jurídico o la negligencia o imprudencia en su aplicación redundan en graves fallas de aquel servicio"¹⁰.

7. Cuestiones de hecho y de derecho

En lo atinente a la culpa del abogado, hay otra distinción de relevancia: las cuestiones de hecho y las de derecho.

El abogado normalmente responde por los errores de hecho; en cambio, respecto de los errores de derecho la cuestión es más compleja, ya que, siguiendo al autor brasileño Sergio Novais Dias,

⁹ Trigo Represas, Félix, ob. cit., p. 42.

¹⁰ Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad profesional del abogado por daños en el ejercicio de su misión", *LL*, 1980-C-488.

compete al abogado mantenerse adecuadamente actualizado sobre la ley, la doctrina y la jurisprudencia en el área del derecho en que está militando, pero no es preciso que sea una “enciclopedia jurídica ambulante”, sin embargo, no puede excusarse de no poseer los conocimientos medios de todo abogado razonablemente actualizado¹¹.

La importancia de un error depende si es en un dictamen o en un juicio, siendo más grave el extrajudicial, ya que en el juicio opera el principio *iura novit curia*, debido a que en la exposición de los hechos, puede equivocarse el abogado por expresarlos mal, confusamente, etcétera.

La responsabilidad radica en que el juez conoce el derecho pero no los hechos, por eso el abogado debe tener sumo cuidado y diligencia al exponerlos, pues es lo que lleva al conocimiento del juez, e igual cuidado y diligencia en probar los hechos.

Al respecto viene bien recordar el refrán español que dice: “Tres cosas son menester para justicia alcanzar: tener razón, saberla pedir, y que la quieran dar”.

El abogado debe tener un conocimiento jurídico actualizado (ley, doctrina y jurisprudencia), una sabiduría “media” de un profesional de su categoría, siendo mayor el deber del especialista, conforme lo establece el artículo 902 del Código Civil.

Normalmente la obligación del abogado es de medios, salvo casos como la redacción de un contrato o un estatuto social, en que es de resultado¹².

La Conclusión 17 de las Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes, Provincia de Buenos Aires (agosto de 1991), expresó que: “En ciertas hipótesis de asesoramiento y servicios, el abogado debe garantizar el ‘buen resultado’”.

En el proyecto de reforma del Código Civil de 1987, se estableció (art. 1625, inc. 2) que: “[...] En caso de controversia queda a cargo del profesional la prueba de haber obrado sin culpa en los

¹¹ Dias, Sergio Novais, *Responsabilidade civil do advogado*, Sao Paulo, Editora Sao Paulo, 1999, p. 34.

¹² ED, 22-86, Fallo N° 10.971.

términos del art. 514. Pero si de lo convenido o de las circunstancias resultara que el profesional debió obtener un resultado determinado, sólo se liberará demostrando la incidencia de una causa ajena”.

Es muy importante determinar a qué se obligó el abogado, por la posible intervención de las “**eximentes**”, ya que si su responsabilidad es subjetiva (obligación de medios), para liberarse de la misma deberá acreditar su falta de culpa y por ello que el daño no le es imputable.

En cambio, en las obligaciones de resultado el obligado debe acreditar una causa ajena, el hecho o la culpa del cliente, el caso fortuito, es decir, es un problema de causalidad.

Por otra parte, no cualquier error profesional es causa de responsabilidad, sino sólo aquel que es atribuible a título de culpa, así se ha resuelto: “Para acreditar el incumplimiento del abogado y hacerlo responsable no bastará con probar la no obtención del resultado apetecido, sino que deberá demostrarse que ello sucedió por culpa del profesional, quien no se condujo con la diligencia adecuada; es decir que actuó con negligencia, imprudencia o desidia” (Cám. Nac. Civ., Sala B, 09/05/86, *LL*, 1986-D-533).

8. La prueba de la culpa

Es necesaria la prueba de la culpa en los casos de obligaciones de medio o de prudencia y diligencia (similar a la del médico, en cuanto a intensidad, apreciación), y recurrir al arquetipo del buen abogado, o sea a los cuidados que un buen abogado de su especialidad debe tener (arts. 512, 902 y 909, CC).

La culpa del abogado consiste en su desconocimiento del saber jurídico o en la negligencia o imprudencia en su aplicación, que redundan en graves fallas en el servicio.

Para los tribunales, “La culpa del abogado se caracteriza por haber ocasionado perjuicios a su cliente con su actuación, su dirección o sus consejos, en virtud de no haber sabido lo que un profe-

sional de su categoría ha debido o podido saber, sin olvidar un solo momento los principios de la individualización de la culpa, caracterizantes de la culpa *in concreto* que domina, salvo contadas excepciones, toda la economía de nuestra ley civil" (Cám. Nac. Civ., Sala D, 04/05/79, "Minuzzi de García Huerga, Rosa c/ Alconada Aramburu, Francisco y otro", *LL*, 1979-D-21, y *ED*, 83-520).

El abogado apoderado o procurador asume la obligación de resultado por los actos de su incumbencia procesal, asistir a audiencias, activar el procedimiento. No es necesario acreditar la culpa, sino simplemente el incumplimiento.

Con el fin apreciar si ha mediado culpa habrá que comparar su comportamiento con el que habría seguido un profesional prudente y munido del bagaje científico que era dable exigir, colocado en las mismas condiciones externas.

Para la teoría tradicional, por caso Llambías, la prueba de los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil corresponde al damnificado, en este caso, al cliente.

Lo cierto es que tratándose de una obligación de medios, en que el acreedor (el cliente) tiene que demostrar la falta de pericia o diligencia del abogado, la mayor parte de los litigios en materia profesional concluye en la desestimación de la demanda, la cual se debe a la dificultad probatoria que el cliente encuentra para demostrar la violación de una norma técnica.

Hay una tendencia a alivianar la carga de la prueba por parte del damnificado o cliente.

Por un lado está la regla de la buena fe (art. 1198, CC) que impone el deber de actuar de ese modo en todos los órdenes, y en su caso también en el juicio; en consecuencia, el abogado debe colaborar aportando las pruebas que estén a su alcance, puesto que una conducta pasiva de su parte, podría estar reñida con la buena fe.

Por el otro lado se encuentra la teoría de las cargas probatorias dinámicas, que impone la carga de la prueba a quien esté en mejores condiciones de probar.

En las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan,

1989), la Comisión N° 5 referida a la responsabilidad por el ejercicio de profesiones liberales, recomendó: “[...] 6. Cuando se funda en la culpa, [la responsabilidad] debe ser probada por el actor, sin perjuicio de la incidencia de las presunciones judiciales y del concepto de carga probatoria dinámica que la hace recaer sobre quien se halla en mejor situación para probar”.

Similar es lo recomendado en las V Jornadas Rioplatenses de Derecho (San Isidro, 1989) por la comisión que trató el mismo tema: “[...] En los supuestos de responsabilidad subjetiva, la culpa debe ser acreditada por el actor. Por tratarse de su propio obrar, el profesional demandado generalmente se encuentra en mejores condiciones de aportar los elementos técnicos demostrativos de su conducta diligente”.

Por su parte el art. 1619 del Proyecto de Código Civil de 1998 establece: *Prueba de los factores de atribución. Salvo disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución de la responsabilidad, así como de las circunstancias que la excluyen, corresponde a quien los alega.*

Si las circunstancias especiales del caso lo justifican, el tribunal puede distribuir la carga de la culpa, o de haber actuado con diligencia, ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla”.

El abogado puede incurrir en el delito de **prevaricato** si perjudica deliberadamente la causa que se le ha confiado.

En cuanto a la inversión de la carga de la prueba en las obligaciones de medios, la misma no se presenta, ya que pesa sobre el deudor el hecho de acreditar el cumplimiento de su responsabilidad, en el caso de que haya actuado con diligencia (sin culpa).

En cambio, pesa sobre el acreedor (el cliente-paciente) la carga de acreditar la existencia de la relación, el incumplimiento de la prestación a cargo del profesional y el daño (art. 377, CPCN).

Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invoque como fundamento de su pretensión.

No es verdad que la inversión de la carga de la prueba viole la

presunción de inocencia, de raigambre constitucional (art. 18, primera parte); la norma apunta hacia la inocencia, frente a la sanción penal (la punición), no alcanza a la sanción reparadora. Por lo demás, es procedente la prueba en contrario a cargo del accionado.

Debemos recordar que en las I Jornadas Provinciales de Derecho Civil (Mercedes, 1981), la Comisión N° 3 recomendó que: *“Es menester distinguir la actividad del abogado como mandatario, como patrocinante en el juicio y en la función de asesoramiento. El primer caso está regido por las reglas del mandato, y los otros dos por las correspondientes a la locación de obra y de servicios”,* y añadió que: *“En ciertas hipótesis de asesoramiento y servicios el abogado debe garantizar el buen resultado”.*

La jurisprudencia ha resuelto que los supuestos de responsabilidad profesional de los hombres de derecho son: el notorio desconocimiento de las normas jurídicas y principios del derecho aplicable (ED, 115-314); dejar perimir la instancia (ED, 9-787, y 2-312); no comparecer a una audiencia (ED, 83-520); perder el derecho a ofrecer pruebas (ED, 57-340), y articular defensas impropias (JA, 1983-I-636).

9. Pactos sobre la carga probatoria

Como regla se puede sostener que los pactos sobre la prueba no son admisibles, máxime cuando estamos frente a un contrato que ordinariamente es de adhesión, y casi siempre es realizado entre un experto y un profano.

Al respecto, el art. 2698 del Código Civil italiano establece que: *“Es nulo el pacto por el cual se ha invertido o modificado la carga de la prueba, cuando se trata de un derecho del cual la parte no puede disponer, o cuando la inversión o la modificación tiene por consecuencia hacer a la parte excesivamente difícil el ejercicio del derecho”.*

En nuestro Derecho la tendencia es no admitir estos pactos; así, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 37, de la ley 24.240,

de Defensa del Consumidor se prescribe que se tendrán por no convenidas: “[...] c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor [...]”.

Esto es similar a lo dispuesto por el art. 51 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, que establece que son nulas de pleno derecho las cláusulas: “[...] IV- [que] establezcan inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor [...]”¹³.

10. El daño

Para que ocurra la responsabilidad del abogado es necesaria la existencia de un perjuicio. El cliente debe demostrar haber sufrido un daño, y esto conlleva dificultades.

El daño es cierto cuando no hay duda de que el ofendido tendría una situación mejor si el autor de la lesión no hubiera practicado el acto generador de la responsabilidad civil. Se concede a la víctima el resarcimiento por la privación efectiva de un bien. Es claro que existe la posibilidad de que se indemnicen daños futuros, pero éstos deben poseer cierta previsibilidad para que se los pueda indemnizar.

¿Cómo se sabe si el cliente realmente obtendrá un fallo favorable, ganará el pleito u obtendrá todo lo que pide? Tendrá la chance de ganarlo, pero en manera alguna certeza de ello.

La jurisprudencia ha resuelto que: “Si bien la frustración de un negocio jurídico, debido a un deficiente asesoramiento atribuible al letrado, o la pérdida de un juicio por omisiones o errores que le sean imputables a éste, configuran un daño cierto, la indemnización, sin embargo, no puede consistir en el importe de la operación no concretada o en el de la suma reclamada en la demanda desestimada, resultados éstos que, por depender en alguna medida de

¹³ La Ley de Defensa del Consumidor 24.240 excluye las profesiones liberales; en cambio, el Código de Defensa del Consumidor de Brasil las incluye, en el art. 14 se expresa que la responsabilidad personal de los profesionales será constatada mediante la verificación de la culpa.

circunstancias ajenas al abogado, no puede saberse, a ciencia cierta, si se iban a producir o no. Por lo tanto, el resarcimiento debe consistir en la pérdida de una 'chance' o posibilidad de éxito en las cuestiones cuyo mayor o menor grado de posibilidad dependerá, en cada caso, de sus especiales circunstancias fácticas" (Cám. Nac. Civ., Sala H, LL, 1997-F-937, S. 39.976).

Es dificultoso estimar o cuantificar el *quantum* del daño por la pérdida de la chance de haber obtenido una sentencia favorable, y ello dependerá de las circunstancias del caso.

El profesional —a la par de la prestación principal— asume, asimismo, un conjunto de importantes deberes complementarios impuestos por la buena fe, entre otros, la información, la reserva, y el secreto profesional.

Así, el abogado debe informar si la prestación que se le exige encuadra, por ejemplo, en una locación de servicios o de obra; si con la manda asume una obligación que le asegura un resultado cierto al cliente, y en su caso el contenido del mismo, o bien que trate de desplegar los medios conducentes para alcanzar ese resultado, y luego cuales son esos medios.

El deber de informar adecuadamente se integra con el deber de aconsejar, y con mayor razón si se trata de especialistas¹⁴.

"El deber de informar sobre el estado de la gestión encomendada no significa que se deba comunicar paso a paso el caso que se trata, lo opuesto significaría un dislate contrario a la relación de confianza que subyace en el trabajo profesional" (ED, 98-538).

Al igual que en el caso de los médicos, es posible que haya responsabilidad del abogado no por haber incurrido en "mala praxis", o sea por haber actuado con culpa en el desempeño de su tarea, sino por haber incumplido con el deber de informar.

También frente al incumplimiento del deber de información se presenta la dificultad de cuantificar los daños causados al cliente, ya que aquí se reparan los daños por la posibilidad que tenía el

¹⁴ ED, 24-961; 22-86, y 66-386.

cliente de no haber iniciado el juicio, o por ejemplo de haberlo transigido si hubiese conocido los riesgos.

Respecto a la naturaleza del daño derivado de una actuación impropia del abogado, puede ser tanto patrimonial o material (arts. 1068, 1069 y cc., CC), como moral (arts. 1078, 1099 y cc., CC)¹⁵.

11. Naturaleza de la responsabilidad

En el siglo pasado, tanto en Francia como en nuestro país se estimaba que la responsabilidad del abogado era de naturaleza extracontractual, porque no se cumplía con lo que la ley mandaba.

Actualmente se encuentra superada esta hipótesis y asimismo, con la admisión de que existen obligaciones de medios y de resultado, la doctrina y la jurisprudencia —en forma casi unánime— se inclinan por admitir la condición contractual de la responsabilidad profesional.

Desde el año 1936 para la Corte de Casación francesa la responsabilidad profesional (en el caso del médico) es de índole contractual (caso de los esposos Mercier y el Dr. Nicolás).

En nuestro país, a partir de un el fallo de 1941 (“Casusa de Acosta c/ Municipalidad Capital”, *JA*, 74-525) se sostiene que la responsabilidad profesional es contractual.

No es pacífica la caracterización del tipo contractual que une al abogado con su clientela, ya que en doctrina como en jurisprudencia existen distintas opiniones.

12. El contrato de prestación de servicios profesionales

Reiteramos que hoy en día la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que la relación entre el cliente y su abogado es de naturaleza contractual, pero, salvo el caso de asuntos muy importantes o de grandes empresas, no es común que se realice un contrato por

¹⁵ Andorno, Luis, ob. cit., p. 493.

escrito, y si lo hay es un contrato raquíutico, con muy pocas cláusulas y redactado por el profesional (contrato de adhesión).

Con frecuencia se pactan los honorarios (pacto de cuota litis), pero solamente éstos, sin ninguna otra disposición relativa a los deberes profesionales o a los derechos del cliente.

Coincidimos con Ramírez que es común que el cliente que recurre a su abogado establezca las condiciones del pleito, fijando los honorarios y la forma de pago, sobre todo cuando se trata de casos difíciles y de larga duración¹⁶.

En cambio, se halla controvertido cuál es el tipo de contrato que vincula al profesional con el cliente, hay varias opiniones: mandato, locación de servicios, locación de obra, innominado o atípico, multiforme o variable.

En las Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, la Comisión N° 3 —en relación con los abogados— concluyó: “16. Es menester distinguir la actividad del abogado como mandatario, como patrocinante en juicios y en la función del asesoramiento. El primer caso está regido por las reglas del mandato, y los otros dos por las correspondientes a la locación de obra o de servicios”.

Por su parte la jurisprudencia ha resuelto que: “En las vinculaciones que nacen de las profesiones liberales no es posible aplicar automática y genéricamente las reglas de las clásicas figuras jurídicas con las cuales se ha solido emparentar la labor intelectual del profesional, esto es, la locación de obra, la locación de servicios o el mandato, lo que no impide admitir, en un supuesto dado, que la relación profesional pueda tener identidad con alguno de dichos contratos típicos (caso del procurador que ejerce el mandato judicial). Deben combinarse las teorías de la figura ‘multiforme’ con la de atipicidad; es decir, si cabe admitir aquélla, pudiendo cada una de las especies ser encasillada en alguno de los mencionados contratos, también es factible encontrar la que se escapa en muchos aspectos

¹⁶ Ramírez, Jorge Orlando, ob. cit., p. 18.

de los tres típicos y entra directamente en lo atípico. Por consiguiente, en la combinación de los dos criterios se encuentra la sabia posición que da cabida a la variada gama de casos particulares, sin llegar a extremos forzados o a manejar lo 'sui generis' " (Cám. Nac. Civ., Sala C, 14/04/81, "Numow, Marta c/ Gutiérrez, Julio", *JA*, 1981-IV-492).

También se señala que: "El vínculo contractual existente entre el abogado y su cliente puede ser locación de servicios, locación de obra, mandato e incluso contrato de trabajo, dependiendo de las circunstancias particulares de cada relación jurídica caracterizar la vinculación entre los mismos" (voto del Dr. Seco, Cám. Civ., Com., Trab. y Fam. de Cruz del Eje, 27/03/98, "Marcuzzi, Rolando", sentencia 41.798, *LL*, 1999-D-793).

a) Teoría del mandato

La teoría del mandato se origina en el Derecho Romano que sostenía que se trataba de un mandato gratuito, ya que tales servicios eran incompatibles y no podían ser objeto de un contrato de trabajo, reservado para las actividades manuales, y no para las intelectuales.

Esta teoría es válida cuando hay un poder o mandato para representar, pero el que patrocina no por eso representa necesariamente al cliente, sino tan sólo lo sirve. En muchos casos hay un servicio profesional y no existe mandato.

b) Locación de servicios

Buena parte de la doctrina considera que en el ejercicio de las profesiones liberales se configura una verdadera locación de servicios, con la única particularidad de que el trabajo que se brinda es de orden intelectual y no manual.

La objeción que se hace a esta teoría es que no hay subordinación del abogado al cliente aunque a veces en la relación generada entre una empresa, caso un banco y el profesional hay subordinación jurídica, ya que la empresa fija las reglas, los horarios, las condiciones de lugar, de personal, etcétera.

En Brasil, el contrato profesional es un contrato de servicio regido por el Código de Defensa del Consumidor, cuyo artículo 3º, inciso 2, establece que: “Servicio es cualquier actividad proveída en el mercado de consumo mediante remuneración, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito y seguros, salvo las resultantes de las relaciones de carácter laboral”.

Conforme con lo anterior, para la legislación del país vecino el contrato profesional es un contrato de consumo.

c) Locación de obra

Hay quienes sostienen que el contrato entre el abogado y su cliente consiste en una locación de obra intelectual, puesto que el primero 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 el cliente como locatario.

Existen casos en que sin duda se presenta una locación de obra (obligación de resultado) y así lo admite la jurisprudencia: “[...] Configura una locación de obra la tarea encomendada a un abogado, consistente en la redacción de un complejo boleto de compraventa inmobiliaria —con su proceso previo—, continuando la labor después de suscripto dicho boleto, en virtud de que la operación estaba supeditada a la aceptación de los acreedores y condicionada al levantamiento del concurso civil del cliente, en cuyo proceso lo patrocinó (Cám. Nac. Civ., Sala B, junio de 1967, Fallo N° 10.971, *ED*, 22-86).

La mayor objeción es que el abogado no pacta una obra en sus resultados, lo cual ha sido rebatido por **Spota** quien sostiene que el letrado actúa como un locador de obra.

Según los casos el contrato será de obra o resultado, o bien de servicio o de medios.

d) Contrato innominado o atípico

Algunos doctrinarios y juristas sostienen que en el caso del con-

trato celebrado entre el abogado y su cliente se está en presencia de un contrato atípico, al cual no se puede aplicar con propiedad ninguna de las denominaciones clásicas (Borda; Puig Brutau; *ED*, 71-145; *ED*, 73-597; *LL*, 1985-A-80; *LL*, 1983-A-549; *JA*, 1982-II-594; *ED*, 100-344; *ED*, 97-787; *JA*, 1981-IV-492), puesto que no encuadra dentro de los caracteres de ningún contrato reglado.

e) Contrato multiforme o variable

La doctrina, hoy mayoritaria, a la que se suman Trigo Represas y Andorno, interpreta que la prestación de servicios profesionales asume a veces el carácter de una locación de servicios y otras, el de una locación de obra, e incluso el de un mandato, según las circunstancias de cada caso, por lo que se sostiene que se trata de un contrato multiforme, variable o proteiforme, como lo es la cesión de derechos, que puede ser cesión-venta, cesión-permuta o cesión-donación¹⁷.

De acuerdo con esta postura —de la cual también participa Andorno— se reconoce que la actividad del abogado no tiene vida propia: en un supuesto es mandato, en otro, locación de obra, de servicios, etcétera.

13. Cláusulas limitativas de la responsabilidad

En las Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes (1981) se recomendó: “*Las cláusulas limitativas o eximentes de responsabilidad de los profesionales son inválidas*”.

Trigo Represas, coincidiendo con Alterini y López Cabana¹⁸, sostiene que “no es dable afirmar, como principio, la invalidez de las cláusulas limitativas o eximentes de responsabilidad de los profesionales”.

Parece claro que el consentimiento del cliente nunca podría cubrir el dolo, la impericia, la negligencia o la imprudencia del profe-

¹⁷ *ED*, 87-157.

¹⁸ Alterini, Atilio Aníbal - López Cabana, Roberto M., “Invalidez de las cláusulas limitativas en la responsabilidad profesional”, *LL*, 1989-D-916.

sional, y excluir totalmente la responsabilidad del mismo, aunque podría ser eficaz una cláusula limitativa que le permitiera liberarse contractualmente de ciertas consecuencias de un incumplimiento culposo, siempre que no exista culpa grave de su parte.

Hay coincidencia en que resultan absolutamente inválidas las cláusulas que limitan la responsabilidad por daños a derechos indisponibles, como son la vida y la integridad corporal¹⁹.

El artículo 1642 del Proyecto de Código Civil de 1998 expresa: “*Dispensa anticipada de la responsabilidad. c) La responsabilidad por daño al proyecto de vida no puede ser excluida ni limitada, salvo en los casos en que lo autoriza la ley*”.

El artículo 1646 del Código Civil expresa que “*No será admisible la dispensa contractual de responsabilidad por ruina total o parcial*”.

Aunque no es aplicable a los profesionales liberales (art. 2º), el artículo 37 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor establece que se tendrán por no convenidas: “a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños [...]”.

El Código de Defensa del Consumidor de Brasil, que sí es aplicable a las profesiones liberales, establece en el artículo 51 que: “Son nulas de pleno derecho, entre otras, las cláusulas contractuales relativas al proveimiento de productos y servicios que:

”I. Imposibiliten, exoneren o atenúen la responsabilidad del proveedor por vicios de cualquier naturaleza de los productos y servicios, o impliquen renuncia o disminución de derechos [...]”.

Esta cláusula de irresponsabilidad, sea parcial o total, o la cuantificación o tarifación, son inadmisibles en los contratos por adhesión o sujetos a condiciones generales, en que una parte es predisponente y la otra es adherente, y no se tiene posibilidad alguna de discutir el contenido (por ese motivo se dice que es una típica cláusula abusiva, leonina o vejatoria).

En las V Jornadas Rioplatenses de Derecho (San Isidro, 1989),

¹⁹ Alterini, Atilio Aníbal - López Cabana, Roberto M., ob. cit., p. 924.

sobre el tema de la responsabilidad profesional, *de lege lata* se recomendó: “[...] 11. Las cláusulas eximentes o limitativas de responsabilidad son inválidas cuando las prohíbe la ley, dispensan el dolo o la culpa grave, o se refieren a daños a la vida o a la integridad corporal.

”Las contenidas en condiciones generales son también inválidas cuando el aceptante no tiene intención real de renunciar. Esta intención queda excluida si se halla en situación de debilidad jurídica (vgr., por limitaciones a su poder de negociación), o se afecta la relación negocial de equivalencia.

”La nulidad es absoluta y parcial y, en su caso, corresponderá la integración judicial del contrato”.

En las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995) la Comisión N° 3 recomendó: “[...] 11. Para una mejor interpretación de las cláusulas abusivas, es conveniente distinguir entre las abusivas ‘generales’ y las abusivas ‘particulares’. Los pactos de limitación de responsabilidad son nulos, en cuanto involucran el derecho a la salud, pero pueden ser válidos si alcanzan a daños patrimoniales y no quiebran el equilibrio negocial”.

En las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, setiembre de 1999) la Comisión N° 2 recomendó en sus conclusiones:

“1. En el debate sobre la responsabilidad civil se suele utilizar un doble discurso: la mera declamación de buenos propósitos frente a las soluciones aplicables en el marco de la realidad.

”2. Toda indemnización debe ser justa. Están en compromiso, según los casos, la inviolabilidad de la persona humana, la igualdad de las víctimas y el derecho de propiedad.

”3. El llamado principio de la ‘reparación integral’ es una expresión dogmática que pretende dar a entender que todo daño debe ser reparado. Sin embargo, sólo son reparables los daños con la plenitud que cada ordenamiento permite.

”4. La sola limitación del monto indemnizatorio no vulnera ninguna norma constitucional ni de orden público. La política legislativa sobre topes indemnizatorios debe ser ejercida con razonabilidad y prudencia.

"5. La admisibilidad de los topes indemnizatorios está sujeta a:

"a. que se apliquen exclusivamente en supuestos de atribución objetiva de responsabilidad;

"b. que el damnificado tenga la libertad de optar por una indemnización mayor en los casos de responsabilidad subjetiva, en especial si se omiten las medidas técnicas idóneas de prevención.

"6. Los topes indemnizatorios sólo se justifican si permiten a la víctima el pago pronto y efectivo de su indemnización. A tal fin, el seguro es un mecanismo idóneo, ya sea un seguro forzoso o un sistema que estimule su contratación. La sustitución propuesta por el proyecto de Código Civil de 1998 [respecto] del art. 118 de la ley 17.418 coadyuva a ese propósito.

"7. El ordenamiento jurídico restringe el derecho de las víctimas a ser indemnizadas, a través de la legitimación, los límites de la propia pretensión, la causalidad, los límites cuantitativos de origen legal y la facultad de los jueces de morigerar el daño.

"El Derecho común prevé limitaciones cuantitativas, entre otros casos, en las obligaciones de dar dinero (intereses) y en la pena penitencial en el supuesto de arrepentimiento".

Conforme con lo anterior, no son válidas las cláusulas eximentes de responsabilidad al profesional; en cambio, las cláusulas limitativas, según los casos, pueden ser válidas, para lo cual se tendrá que tener en cuenta el tipo de contrato, el factor de atribución, el pronto pago, la contratación de un seguro, el tipo de daño, etcétera.

14. Deber de informar

En la relación entre el profesional y un profano hay desigualdad de conocimientos.

La información constituye, en el ámbito del consumo de bienes y servicios profesionales, el objeto del deber jurídico del prestador: que debe informar, advertir y aconsejar a la otra parte, a fin de orientar su comportamiento.

Los deberes secundarios de conducta expanden el contenido de la prestación principal, y apuntan a proteger al contratante más frágil.

El fundamento del deber de informar tiene su fuente en el des-nivel negocial, y tiene como meta equilibrar prestaciones básicamente asimétricas.

El cumplimiento cabal de ese deber produce una especie de traslación de los riesgos; su incumplimiento en cambio, los mantiene en cabeza del deudor del deber de diligencia.

El cumplimiento de este deber se debe probar fehacientemente, lo cual presenta muchas dificultades, ya que no es común la suscripción de documento alguno como el caso de los médicos, quienes frente a la explosión de casos de "mala praxis" han adoptado la forma escrita del consentimiento informado²⁰.

El abogado debe prevenir al cliente, informarlo y requerir, luego de esta ilustración, su consentimiento informado, algo que todavía no es frecuente que se realice por escrito.

En el III Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires, 1993), la Comisión N° 5 recomendó en relación con este tema: "[...] 6. Debe apreciarse el deber de información teniendo en cuenta la condición del cliente, armonizándolo con el 'deber de requerir' información a cargo del cliente".

De acuerdo con lo precedente se deberán tener en cuenta las circunstancias del caso, o sea las características del cliente, ya que no es lo mismo si se trata de un particular o de un jubilado, que si es una gran empresa o un banco.

Bibliografía

ALTERINI, Atilio Aníbal - López Cabana, Roberto M., "Invalidez de las cláusulas limitativas en la responsabilidad profesional", *LL*, 1989-D.

²⁰ Las sociedades o colegios médicos han elaborado formularios tipo de consentimiento informado que distribuyen entre sus asociados.

- ANDORNO, LUIS, "La responsabilidad de los abogados", *Derecho de daños*, Bs. As., La Rocca, 1989.
- BUERES, ALBERTO J., *Responsabilidad civil de los médicos*, t. 1, 2ª ed., Bs. As., Hammurabi, 1992.
- DIAS, SERGIO NOVAIS, *Responsabilidade civil do advogado*, Sao Paulo, Editora Sao Paulo, 1999.
- KFOURI NETO, MIGUEL, *Responsabilidade civil do médico*, 3ª ed., Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, Brasil, 1998.
- LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. IV-B, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1980.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, "Responsabilidad profesional del abogado por daños en el ejercicio de su misión", *LL*, 1980-C.
- RAMÍREZ, JORGE ORLANDO, *Indemnización de daños y perjuicios*, t. 5, Bs. As., Hammurabi, 1984.
- TRIGO REPRESAS, FÉLIX, *Responsabilidad civil del abogado*, Bs. As., Hammurabi, 1981.