

## RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO, DEL ESCRIBANO Y DEL JUEZ

AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

### I. LÍMITES DE ESTAS REFLEXIONES

El tema propuesto (en realidad, tres) es amplio y complejo. Comprende las responsabilidades de los llamados "operadores del Derecho", tanto los que ejercen una típica función pública (jueces), como los que tienen funciones mixtas (escribanos) y los que desarrollan básicamente una función privada (abogados). Me limitaré a esbozar las líneas básicas e ideas fuerza que dominan la materia (las de los profesionales en general y la de cada uno en particular) según el llamado "derecho vivo"; es decir, analizaré la cuestión a la luz de la interpretación y aplicación jurisprudencial de la última década<sup>1</sup>. Esta metodología es conveniente en la materia por dos razones significativas:

1. Generalmente, los códigos no contienen normas específicas (o son muy escasas), por lo que los grandes principios se han forjado a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia.

<sup>1</sup> He publicado dos artículos breves sobre los daños causados por abogados ("Reparación de los daños causados por abogados", *Revista del Foro de Cuyo*, nro. 1, Mendoza, 1991, págs. 23 y sigs. y "Daños causados por abogados y procuradores", *J.A.*, 1993-III-704); a la responsabilidad de los jueces me he referido tangencialmente en la obra *Responsabilidad de los Jueces y del Estado por la Actividad Judicial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1988, en colaboración con los Dres. Jorge Masot Iturzaepe y Carlos Parrillada; también en "Reparación de los daños causados por la prisión preventiva", *Revista de Jurisprudencia Provincial*, año 4, nro. 1, febrero de 1994, págs. 45-58. Estas líneas deben considerarse la continuación de todos estos artículos. He intentado no repetir conceptos, salvo aquellos que resultan absolutamente indispensables para la mejor comprensión de los que formulo en el texto. Ruego al lector tener presente lo dicho en esos trabajos anteriores y la doctrina y jurisprudencia allí citada.

2. Hay cierto consenso en aceptar la existencia de un "deber de conocer la jurisprudencia", que alcanza a todos los sujetos implicados en estas reflexiones<sup>2</sup>.

Finalmente, aclaro que no abordo el fascinante tema de la responsabilidad del Estado por los daños causados en la actividad judicial, que tanta dimensión ha tomado en la Europa Comunitaria cuando estas conductas vulneran derechos humanos, en especial, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas<sup>3</sup>, el derecho a la identidad sexual, etcétera. Entiendo que esta materia escapa a la propuesta y se rige, además, por principios más favorables a las víctimas.

## II. PUNTO DE PARTIDA

### 1. Responsabilidad civil y protección de los consumidores

Las responsabilidades profesionales comienzan a ser analizadas desde una nueva perspectiva: la del derecho del consumidor; en efecto, el paciente, el cliente del abogado, del arquitecto, etcétera, son considerados consumidores del servicio profesional (de la salud, del servicio de justicia, etc.). Esta nueva visión es trascendente en varios ámbitos, desde que, como es sabido, el consumidor es considerado la parte débil de la contra-

<sup>2</sup> Cf. Volinini, Giovanni, "Il dovere professionale di conoscere la giurisprudenza", *Rivista di Diritto Civile*, anno XLI, no. 2, marzo-aprile 1993, pág. 193, quien costaría haber "robado" el título a Gino Galia, en cuyo homenaje escribe.

<sup>3</sup> La bibliografía en tema al Convenio Europeo de Derechos Humanos es inagotable. Véase, entre otros, González Rovin, Juan José, "Consideraciones sobre el art. 8.º párrafo 1.º, apartado 1.º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: referencia a reciente jurisprudencia sobre el indicado precepto", en "Diez Años de Desarrollo Constitucional, Estudios en Homenaje al Profesor Luis Sánchez Agesta", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1989, pág. 509. Así, p. ej., Francia fue condenada por la Corte Europea de los Derechos del Hombre, el 26-II-1992, a pagar 100.000 francos a un transsexual a quien impidió la rectificación de su partida de nacimiento (*Le Sensitive Juridique*, année 63, no. 48, 25-II-1992, pág. 415 con nota de Garé, Thierry, "Condamnation de l'Etat français pour refus de modification de l'état civil d'un transsexual", País, la responsabilidad por la dilación indebida de los procedimientos, *cf.*, entre otros, Cour Européenne des Droits de l'Homme, 31-III-1992, "A.E. X o France" (condena a Francia por dilatar indebidamente los reclamos administrativos de los transsexualizados con sangre contaminada que contrajeron sida), *Le Sensitive Juridique*, année 63, no. 31, 29-VII-1992, pág. 381, con nota de Apostolida, Charalambos, "Une période de deux ans entre une demande d'indemnisation formée par une personne transsexuelle et le jugement du tribunal administratif dépasse le délai raisonnable au sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme"; Itan Delgado, José, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado por Dilaciones Indebidas en el Funcionamiento de la Administración de Justicia*, Eiete, Valencia, 1997.

tación y, consecuentemente, la que merece ser amparada con regímenes que alivien la carga de la prueba<sup>4</sup>, que combatan las cláusulas abusivas, que impongan obligación de informar a la otra parte, etcétera<sup>5</sup>. Buen ejemplo de esta corriente es un fallo de primera instancia del prestigioso magistrado argentino Roberto Vázquez Ferreyra: "El particular que recurre necesaria y obligadamente a un escribano para otorgar un acto de disposición de un inmueble, es un inexperto que debe ser por ello correctamente informado y asesorado por el experto, que en este caso no es otro que el escribano. Quien posee la calificación técnica que le da superioridad es el profesional escribano y por ello pesa sobre la cabeza de éste la obligación de orientar al cliente, informarlo, asesorarlo y evitar que ocurran irregularidades provenientes del incumplimiento de sus funciones"<sup>6</sup>. En la misma línea una sentencia de la Audiencia de Oviedo, España, dice: "Ninguna responsabilidad puede imputársele al actor, persona lega en derecho que precisamente por tal circunstancia debe ser dirigido en el proceso técnicamente por un letrado, no siéndole exigibles conocimientos procesales tales como que los procuradores de Gijón no están habilitados para actuar ante los tribunales en Oviedo..."<sup>7</sup>.

No obstante esta nueva visión, la dificultad de la generalización está a la vista, dada la heterogeneidad de prestaciones a cargo de los profesionales. Esta diversidad es, entre muchas, una de las causas por las cuales la Europa comunitaria, no obstante haber dictado hace más de una década una directiva sobre productos elaborados, no logra un acuerdo para regular las responsabilidades profesionales<sup>8</sup>. De cualquier modo, no

<sup>4</sup> P. ej. la reciente ley chilena 19.696 de protección de los consumidores, de 1997 dispone que, tratándose de productos o servicios peligrosos los daños y perjuicios que de su consumo provengan, serán de cargo solidariamente del productor, importador y primer distribuidor o del prestador del servicio en su caso. Con todo, se eximirá de la responsabilidad contemplada en el inciso anterior quien prueva las buenas o pronte las servicios cumpliendo con las medidas de prevención legal o reglamentariamente establecidas y las demás caudales y diligencias que impone la naturaleza de aquéllas.

<sup>5</sup> *Conf. Desorps, Jean Paul, "Y a-t-il une limite à la responsabilité notariale?", en Droit et Anthropologie de la Complexité, Mélanges Dedicés à Jean Mes, Economica, Paris, 1996, pág. 118; Trigo Represas, Félix A., "Responsabilidad civil de los abogados", J.A., 1994-III-636.*

<sup>6</sup> *1° XI-1994, "Corín, Juan y otros obsecutores de Gregorio Anasías", J.A., boletín del 11-VI-1997.*

<sup>7</sup> *Audiencia Provincial de Oviedo, 19-VI-1995, Revista Jurídica Española La Ley, 1995-4-167.*

<sup>8</sup> Para esta cuestión, me remito al artículo de mi autoría, "La responsabilidad profesional en las directivas de la Comunidad Económica Europea", en *Las Responsabilidades Profesionales, Libro Homenaje al Dr. Luis O. Andueza, Plateros, La Plata, 1992, págs. 279-303*. En Brasil, no obstante que el Código de Protección de los Consumidores incluye las prestaciones a cargo de los profesionales liberales, la responsabilidad civil de éstos se rige por pautas subjetivas (cfr. Siebenlistler de Andrade, Fábio, "La responsabilidad civil

debe olvidarse que más allá de los debates políticos y económicos, la protección de los consumidores es uno de los objetivos esenciales de la Unión Europea y de allí la preocupación de los países que la conforman por encontrar principios básicos comunes que sirvan para armonizar las legislaciones internas.

Esta visión obliga al juez a analizar cuidadosamente la culpa de la víctima como eximente de la responsabilidad profesional; no es lo mismo un cliente conocedor del campo donde se mueve que un profano. Un ejemplo de esta actitud judicial es el fallo de un tribunal entrerriano que rechazó la demanda iniciada por un dirigente sindical a su abogado; el sindicalista acusaba al letrado de no haberlo defendido correctamente en el juicio que inició contra la empresa donde trabajaba, luego de haberse dado por despedido, expresando esta voluntad mediante un telegrama redactado por el abogado; el juicio se perdió y el dirigente sostuvo que el profesional debió darse cuenta de que no tenía prueba suficiente para triunfar. El tribunal tuvo en cuenta, entre otros factores, el hecho de que el actor era autoridad sindical y, consecuentemente, persona conocedora de las leyes laborales y sus diversas interpretaciones<sup>9</sup>.

## 2. Las garantías constitucionalmente amparadas

La jurisprudencia comienza a analizar la responsabilidad civil desde la perspectiva de los valores implicados, que en muchos casos tienen rango constitucional; así, por ejemplo, al abogado se lo juzga a la luz del derecho constitucional a la defensa en juicio y al acceso a la Justicia<sup>10</sup>; al médico, apuntando al derecho a la salud; al notario, merituando la seguridad jurídica, etcétera<sup>11</sup>. En esta línea, la Comisión de reflexión número 5

de los abogados. La culpa y causas de exclusión", en obra colectiva, dirigida por Carlos Ghersi, *Los Nuevos Doctos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, pág. 342; en la misma obra, pág. 375, Barberis, Eduardo A., "La responsabilidad civil del abogado por el deber de información al cliente".

<sup>9</sup> Cám. Civ. y Com. de Paraná, Sala Ira., 21-II-1996, *Jurisprudencia de Entre Ríos*, 1996, no. 72, pág. 239.

<sup>10</sup> El art. 120 de la Constitución del Brasil de 1988 reputa al abogado persona indispensable para la administración de la justicia, siendo inexcusable por sus actos y manifestaciones en el ejercicio de la profesión, en los límites de la ley (cfr. Siebenhücher de Andrade, Fábio, op. cit., pág. 340).

<sup>11</sup> En tal sentido ha dicho la Corte Suprema de Justicia, aunque esta vez en beneficio del notario: "No obstante que la imputación de irregularidades a los escribanos en el ejercicio de la función notarial reviste a cuestiones de hecho y de derecho local y común que, como regla, son ajenas a la instancia del art. 14 de la ley 48, ello no impide la apertura del recurso federal cuando el tribunal a quo ha fundado insuficientemente su decisión y tal inobservancia afecta de modo directo e inmediato garantías que coexisten con amparo constitucional (CSJN, 33-47-1992, "Colegio de Escribanos s/verf. de libros de requerimientos de firmas del escribano B. J. Garrido", *Doc. Ad.*, 1993-3-325).

del III Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1993, declaró: "califica especialmente la responsabilidad del abogado su carácter de auxiliar de la justicia y su intervención indispensable para la administración de justicia"<sup>12</sup>.

Esta nueva actitud produce importantes consecuencias, tales como:

a) Hay una tendencia general a ser más severo en el juzgamiento de la conducta profesional. No es lo mismo la violación de un derecho infraconstitucional, que se mueva en los campos de la simple legalidad y de la convencionalidad, que la de un derecho o un valor al que se da rango constitucional.

b) La Corte Federal argentina, por la vía pretoriana de la arbitrariedad, justifica su intervención y revoca sentencias dictadas en la materia por los jueces de grado, con el argumento de que carecen de fundamentos lógicos y razonables<sup>13</sup>.

c) La jerarquía constitucional de los derechos implicados justifica que la Corte Federal haya declarado constitucionalmente válidas las leyes que disponen, como medida cautelar, que el órgano de control suspenda preventivamente al notario, sin ejercicio de la profesión, inter tanto se sustancia el juicio penal, siempre que éste no se dilate excesivamente<sup>14</sup>; también las que prevén como sanción la exclusión de la matrícula; ha dicho la Corte: "La atribución o concesión de delicadas facultades a los escribanos tiene su necesario correlato en las exigencias y sanciones que la reglamentación contiene, en el sentido de revocar aquel atributo cuando su conducta se aparte de los parámetros que la ley establece para tutelar el interés público comprometido; no es, entonces, el Estado quien a su capricho puede retirar la facultad asignada, sino el sujeto quien voluntariamente se margina al dejar de cumplir los deberes a su cargo"<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Las autoridades de la Comisión fueron: presidente: Dr. Roberto López Cabana; vicepresidente, Luis Andarae y secretario, Eduardo Barber. Cf. J.A., 1993-III-943, Zava, 63-D-67 y *Jurisprudencia Provincial*, 1993, pp. 10, pág. 363.

<sup>13</sup> Me remite a la citada en mis artículos "Últimas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad médica", J.A., 1993-II-615 y "Daños causados por abogados y procuradores", J.A., 1993-III-705. Pero el tribunal debe advertir alguna arbitrariedad; de lo contrario, afirma que "las agravios referentes a la responsabilidad atribuida a un letrado patrocinante por deficiente labor profesional remiten a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, materia propia de los tribunales de la causa y ajena —como regla y por su naturaleza— a la instancia del art. 14, ley 48, reexiste cuando el fallo cuenta con fundamentos suficientes de igual carácter que, más allá de su acierto o error, impiden su descalificación como acto jurisdiccional" (CSJN 6-III-1994, "Pichiero de Manarba y otros c/Mauro, Abia", J.A., 1994-II-31).

<sup>14</sup> Vid., entre otros, CSJN, 5-III-1996, J.A., 1996-IV-322.

<sup>15</sup> CSJN, 23-VI-1990, "Colegio de Escribanos", J.A., 1990-III-96 y *Doc. Jud.*, 1993-3-328 (aunque en el caso, la mayoría del tribunal consideró, equivocadamente en mi opinión, que la sanción era excesiva).

### 3. *La unidad y diversidad de responsabilidades dentro del ordenamiento jurídico y la unidad del régimen de la responsabilidad civil*

La responsabilidad de estos "operadores del derecho" juega, como otras responsabilidades profesionales, en diversos ámbitos: administrativo, civil, penal, ético, etcétera. Algunas, incluso, han generado algunos problemas respecto a cuál es la autoridad competente para juzgarlas. Así, por ejemplo, en Argentina, según el tipo de falta ética cometida, un abogado puede ser sancionado por el juez interviniente en la causa<sup>16</sup> o por el organismo que tiene a su cargo el juzgamiento de las conductas (normalmente, el Colegio de Abogados).

En cuanto al ámbito de la responsabilidad civil, cabe recordar que la doctrina argentina brega, desde hace varias décadas, por un régimen único de reparación de daños, que no distinga cuál sea el origen de la obligación incumplida o defectuosamente cumplida<sup>17</sup>. No obstante, ese anhelo no se ha concretado normativamente, por lo que cada caso debe analizarse a la luz de los principios que rigen el respectivo ámbito. Como es sabido, esta diversidad produce discriminaciones odiosas tratándose de plazos de prescripción, extensión de la reparación, competencia judicial, etcétera.

### 4. *La antijuridicidad*

Normalmente, el primer presupuesto de la responsabilidad es la antijuridicidad, es decir, la conducta del sujeto implicado debe ser contraria al ordenamiento, visto éste en su totalidad.

Cabe preguntarse si las reglas de la deontología de cada ámbito profesional integran el marco de la juridicidad; o dicho de otro modo, si basta la violación de los llamados "códigos de ética", aunque no estén aprobados por ley formal, para tener por cumplido el primer requisito.

<sup>16</sup> La Corte Suprema de la Nación ha dicho que "las facultades disciplinarias reconocidas a los jueces por el Código Procesal no se superponen ni se confunden con las atribuciones de idéntica naturaleza conferidas al Colegio Público de Abogados por la ley 23.387". Por otro lado, ha negado al Colegio Público legitimación para representar a los letrados sancionados; así el abogado sancionado está legitimado para recurrir la sanción (CSJN 15-V-1996, "H.A.", Doc. Jud., 1997-1-384). Con idéntico criterio, afirmó que el Colegio no tiene legitimación para comparecer en un juicio en que se demanda por daños y perjuicios a una abogada en el cual el punto de discusión era exclusivamente si había o no actuado con culpa (CSJN, 27-X-1992, "Pudoviro c/Nostra", Doc. Jud., 1993-2-581 y J.A., 1993-IV-611; conf. CSJN, 4-V-1995, "Del Sai, Percy", J.A. 1996-11-5, con nota de Roque Carriera y Otilia Rosenkranz, "Las facultades disciplinarias de los jueces y las faltas de ética de los abogados").

<sup>17</sup> Cf. de mi autoría, "La responsabilidad civil en los albores del siglo XXI (La responsabilidad civil en el proyecto de reformas del Código Civil de 1993)", J.A., 1993-II-817, artículo en el que cito prestigiosa doctrina nacional que comparte esta idea.

La doctrina comienza a dar respuesta afirmativa. Así, por ejemplo, la Comisión de reflexión número 5 del III Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1993, recomendó que "debe juzgarse el comportamiento profesional de acuerdo a las normas éticas y legales que regulan la actividad, especialmente calificando por el deber de comportarse con probidad, lealtad y buena fe"<sup>18</sup>.

##### 5. Los factores de atribución. ¿Una culpa profesional autónoma?

Excepcionalmente la responsabilidad de un operador del derecho podrá fundarse en un factor objetivo de atribución (tales como la garantía legal, la equidad, etc.). Pero son supuestos cuantitativamente insignificantes, por lo que abordaré exclusivamente algunos temas discutidos respecto a los factores subjetivos de atribución.

Mucho se ha debatido sobre si existe una culpa profesional diferente a la culpa en general. No ingresaré en la profundidad de esta discusión, sino sólo en sus aspectos esenciales. El Código peruano podría ser incluido, según cual sea la interpretación que se dé a sus textos, entre los partidarios de la autonomía. En efecto, el artículo 1762 (al igual que su fuente, el 2236, Cód. Civ. italiano) dispone: "Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable".

El artículo 2236 ha dado lugar a una amplia bibliografía<sup>19</sup>; es necesario recordar que el sistema italiano se integra también, entre otros, con el artículo 1176 que dispone: "En el cumplimiento de las obligaciones el deudor debe usar la diligencia del buen padre de familia. En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe valerse con relación a la naturaleza de la actividad ejercida"<sup>20</sup>.

Con base en estos textos, la Casación italiana parece haber trazado una línea entre los problemas técnicos de especial dificultad y los que no lo son. En tal sentido ha dicho que, "salvo los supuestos de problemas técnicos de especial dificultad, la responsabilidad del profesional se configura toda vez que el abogado no ha desarrollado la actividad inherente

<sup>18</sup> Cfr. recomendaciones en J.A., 1993-III-943.

<sup>19</sup> Viancini, Giovanna, *Trattato Breve della Responsabilità Civile*, Cedam, Padova, 1996, pág. 288; Marinelli, Fabrizio, "Le nuove frontiere della responsabilità professionale dell'avvocato", *La Nuova Giurisprudenza Civile Contemporanea*, anno X, no. 2, 1994, pág. 276.

<sup>20</sup> Para una acerba crítica a la aplicación del criterio del buen padre de familia a la responsabilidad contractual en general, ver Viancini, Giovanna, *Trattato Breve della Responsabilità Civile*, cit., Cap. III, págs. 73 y sigs.

al mandato o lo ha desarrollado sólo parcialmente o no ha informado al cliente la imposibilidad de cumplirlo"<sup>21</sup>.

También en la doctrina francesa se oyen voces en favor de la autocomprensión: "si bien la responsabilidad profesional supone una culpa, los parámetros que permiten individualizarla son tan diversos y mutables según las circunstancias, que las distinciones clásicas entre obligaciones de medio y de resultado, entre culpa delictual y contractual, entre responsabilidad por culpa o sin culpa, ya no tienen razón de ser. La culpa, como la obligación y la responsabilidad son de naturaleza profesional". Y con cita de Serlooten se dice: "el escribano no es responsable en tanto contratante, ni siquiera, en tanto hombre, sino en tanto profesional"<sup>22</sup>.

En España también se afirma que "la intensidad de la diligencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia dados los cánones profesionales recogidos en su Estatuto; en tal sentido, la defensa de los derechos e intereses de los clientes debe ser cumplida con el máximo celo y diligencia, mediante la aplicación de la ciencia y técnica jurídicas; la actuación diligente es aquella que se desarrolla de modo cuidadoso, exacto y activo"<sup>23</sup>.

En mi opinión, la culpa es una: consiste en la omisión de las diligencias debidas según las circunstancias de persona, tiempo y lugar (art. 512 del Cód. Civ. argentino). Un texto que expresa una síntesis tan magnífica, permite eliminar todas las dificultades, sin necesidad de acudir a un concepto diferente de culpa; dentro de las "circunstancias" hay que tener en consideración que mientras en la órbita de la conducta del hombre común no hay mayores discrepancias en orden a cuáles conductas son defectuosas, en el campo de la ciencia, suelen presentarse dudas; en esta área hay culpa cuando se sale de la órbita de la opinabilidad; una conducta es imperita, negligente, cuando desconoce lo comprobado. En tal sentido, el proyecto argentino de código único de 1993 decía: "El profesional deberá realizar la tarea comprometida con ajuste a las reglas de la técnica, de acuerdo a los conocimientos requeridos para efectuarla eficazmente y conforme a la actualización en la ciencia y técnica correspondientes a su profesión".

<sup>21</sup> Cassazione Civile Sez II, 18 giugno 1994, *Danno e Responsabilità*, no. 1, gennaio-febbraio 1997, pág. 123, comentado por Antonella Bará y Agelo Spirito, entre otros fallos, en la sección Repertorio di legittimità.

<sup>22</sup> Decroix, *J. P.*, op. cit., pág. 128.

<sup>23</sup> Audiencia Provincial de Barcelona, 2-XI-1995, *Revista General del Derecho*, año LII, no. 612, abril 1996, Valencia, pág. 4193. Por aplicación de estos principios sostuvo que es culpable la actuación de un abogado que, en lugar de una acción procesal administrativa ordinaria, interpuso un procedimiento sumario de protección de los derechos invocando la vulneración de derechos fundamentales y, rechazado éste, aunque la sentencia dejó a salvo la posibilidad de iniciar las acciones ordinarias, nunca las inició.

En suma, quizás podría generalizarse lo dicho en un voto de la Corte Federal argentina: si bien cuando están en juego valores constitucionales como son la vida, la libertad, el patrimonio, etcétera, "hay una natural predisposición a juzgar con severidad y rigor la actuación profesional, lo que, en principio, no es objetable, no debe perderse de vista que también la ciencia tiene sus limitaciones"<sup>24</sup>.

### 5. Los seguros contra la responsabilidad civil profesional

En algunos países europeos se ha generalizado el seguro contra la responsabilidad profesional de abogados y notarios.

Así, por ejemplo, se considera que la garantía profesional colectiva ofrecida por los notarios en Francia es única en el mundo; recuérdese que este país ostenta una larga tradición en la materia desde que organizó los fondos para reparar los daños causados por la actividad notarial en su vieja ley del 25 de enero de 1934<sup>25</sup>; en España, muchos Colegios de Abogados han contratado seguros colectivos que cubren los daños y perjuicios que se irrogan a un tercero como consecuencia del actuar negligente en el ejercicio de la abogacía; muchos fallos hacen expresa mención a estos seguros<sup>26</sup>.

La existencia de un fondo de garantía o un seguro no sólo incita al damnificado a alcanzar un real acceso a la Justicia (lo que es bueno y justo) sino que a veces, lamentablemente, motivó a los jueces a ser más benévolo y crear responsabilidades profesionales donde el sistema normativo no las impone, produciendo un aumento indirecto del costo de los servicios.

## III. DAÑOS CAUSADOS POR ABOGADOS

### 1. Ámbito de la responsabilidad

Los perjudicados por las conductas de los abogados y procuradores pueden estar unidos a estos profesionales por vínculos contractuales o

<sup>24</sup> Voto del Dr. Fayt, 28-XII-1985, "Lipocare o/Utazquer", J.A., 1990-12-443. El juez de la Corte Federal se refiere a la ciencia médica.

<sup>25</sup> Cfr. los antecedentes y la legislación actual en Aubert, Jean Luc, *Responsabilité Professionnelle des Notaires*, 3<sup>o</sup> ed., Rep. du Notariat Détrénois, Paris, 1981, págs. 134 y sigs. Para la situación de los notarios en Francia, Decroix, J. P., *op. cit.*, pág. 118.

<sup>26</sup> Vot., Audiencia Provincial de Barcelona, 16-III-1995, *Revista General del Derecho*, año LI, nro. 424, oct. 1995, Valencia, pág. 10.430; Audiencia Provincial de Valencia, 1<sup>o</sup>-X-1993, *Revista General del Derecho*, año L, nro. 593593, feb. 1994, Valencia, pág. 819; Audiencia Provincial de Madrid, 30-VI-1993, *Revista General del Derecho*, año L, nro. 58090, octubre-noviembre 1993, Valencia, pág. 10.521; Audiencia Provincial de Salamanca, 2-V-1994, *Revista General del Derecho*, año LI, nro. 636, marzo 1995, Valencia, pág. 2812; Audiencia Provincial de Orléans, 19-VI-1993, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1995-4-167.

ser terceros ajenos a la contratación. Las conductas atribuibles pueden o no configurar el incumplimiento de obligaciones de origen convencional, desarrollarse dentro o fuera del proceso, estar implicado sólo el abogado u otros participantes del litigio, etcétera. Consecuentemente, el deber de responder puede encuadrarse, según los casos, en una y otra órbita.

Un caso resuelto por la Corte Federal argentina muestra un supuesto de responsabilidad conjunta extracontractual: Los actores en un juicio por colación de herencia habían trabado embargo sobre el inmueble que había sido adjudicado en el sucesorio al heredero demandado; paralelamente, en otro juzgado se hizo lugar a la demanda por escrituración interpuesta por un tercero contra el mismo heredero vencido en el juicio de colación; el juez que intervino en el juicio por escrituración dispuso el levantamiento del embargo ordenado por el juez de la colación "al solo efecto de escriturar"; merced a esa orden, el comprador inscribió a su nombre, enajenó a un tercero y los coherederos se quedaron sin garantía pues el heredero demandado carecía de otros bienes. Se condenó al Estado por el hecho del juez, pero también estaban implicados, el abogado que petitionó la cancelación de un embargo a un juez que no lo había dispuesto y el director del Registro, que dispuso el levantamiento ordenado por un juez diferente al que había dispuesto la traba<sup>27</sup>.

Quizás, una jurisprudencia rigurosa que extendiera el campo de la responsabilidad extracontractual del abogado en favor de personas distintas al cliente (piénsese, p. ej., en el litigante contrario), produciría una disminución en las dilaciones del procedimiento que encuentran su causa en conductas desleales de los abogados. En esta línea, se lee en una sentencia española: "es propio de la incumbencia profesional de quien ejerce la abogacía el conocimiento cabal de los hechos en que se fundamenta el derecho al que presta su asistencia y de la prueba en que estos se justifican; consecuentemente, cabe responsabilizar al abogado, desde que un atento examen de la documentación que acompañó a su presentación le hubiere permitido advertir la falta de razón de su patrocinado; sobre todo, porque el incidente que planteó intentaba anular todo un procedimiento prácticamente agotado; esta circunstancia imponía al letrado la adopción de criterios de conducta extremadamente cuidadosos y prudentes"<sup>28</sup>.

Las acciones más frecuentes configuran típicos casos de responsabilidad contractual. Las disputas sobre la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre el abogado y su cliente son tradicionales en todos los

<sup>27</sup> CSJN, 16-XII-1996, "Echeverry, Luisa y otros c/Peña de Bs. As.", 16-XII-1996, L.L., 1967-B-255.

<sup>28</sup> Cám. Civ. y Com. de San Martín, Sala II, 9-IV-1994, "Raimonda, Marcelo c/Protosom S.R.L.", año 3, tomo 8, septiembre 1994, pág. 607.

países. En la jurisprudencia española prevalece la tesis de que se trata de un contrato de prestación de servicios<sup>29</sup>. En Argentina, en cambio, jerarquizada doctrina sostiene que el contrato celebrado por el abogado con su cliente es *multifurmas*; no sólo comprende los servicios, sino que a veces es mandato, otras locación de obra, etcétera<sup>30</sup>.

## 2. El factor de atribución

### a) La regla

Tratándose de la responsabilidad del abogado, hay que aplicar, en principio, el viejo adagio "*pas de responsabilité sans faute*" (no hay responsabilidad sin culpa).

En esta línea de pensamiento, la Comisión de reflexión número 5 del III Congreso Internacional de Derecho de Daños, 1993, recomendó: "es presupuesto de la responsabilidad civil del abogado la existencia de una culpa, calificada por la impericia o negligencia".

Obviamente, el solo hecho de la pérdida del pleito no es suficiente para condenar al abogado, del mismo modo que no basta la muerte del paciente para responsabilizar al médico. En tal sentido, la jurisprudencia española tiene dicho que "no todo detrimento económico derivado de un pronunciamiento puede ser incluido en el concepto de daño indemnizable; para ello hay que demostrar que la resolución judicial ha sido la consecuencia de la incuria, deficiente actuación o desconocimiento de las normas profesionales del letrado encargado de la defensa y que el resultado del juicio habría sido distinto si la defensa del cliente hubiera sido acorde con la *lex artis* propia de un abogado de diligencia normal"<sup>31</sup>.

### b) La noción de culpa y la discusión científica

Como en toda responsabilidad profesional, la discusión científica excluye a la culpa<sup>32</sup>. Sin embargo, si de dos alternativas posibles, el profesional elige la que hace correr a su cliente el riesgo de la pérdida del

<sup>29</sup> Ver jurisprudencia de las Audiencias Provinciales citadas a lo largo de este trabajo.

<sup>30</sup> Conf. Anderson, Luis, "La responsabilidad civil de los abogados", *Revista Comptos*, año II, nro. VIII, septiembre 1995, pág. 12.

<sup>31</sup> Audiencia Provincial de Alicante, 13-II-1996, *Revista General del Derecho*, año LI, nro. 619, abril 1996, Valencia, pág. 4662 (en el caso, el actor atribuía a su anterior abogado el haber sido vencido en un juicio en el cual se atribuyó la inercia del hijo menor a la madre. Conf. con el grado de diligencia exigible, mayor que la del hombre común. Audiencia Provincial de Salamanca, 2-V-1994, *Revista General del Derecho*, año LI, nro. 606, marzo 1995, Valencia, pág. 2612.

<sup>32</sup> Bustamante Ahijón, Jorge H., *Tratado General de la Responsabilidad Civil*, 3a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, nro. 1344.

derecho, ha actuado negligentemente, aún cuando pretenda fundar su irresponsabilidad en un cambio de jurisprudencia operado durante la gestión. En efecto, el letrado debe adoptar la postura menos arriesgada para los intereses de su cliente. En tal sentido, comparto la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que resolvió que "la diligencia exigible a un abogado en el ejercicio de su función no es la exigible a un hombre medio, sino otra superior, que hace surgir su responsabilidad cuando ante la duda suscitada en torno a la inhabilidad del mes de agosto para el ejercicio de la acción de despido, no salvaguarda el derecho de su cliente y presenta la demanda sobre la inhabilidad discutida de dicho mes, provocando que se declare la caducidad de la acción"<sup>33</sup>; también es correcta la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga que entendió que existía culpa del letrado que no solicitó el 20% de intereses previsto en la ley que regula los accidentes de la circulación, no obstante que a la época en que la demanda se interpuso existían dos posiciones encontradas sobre el tema<sup>34</sup>.

*c) Incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la obligación asumida. La prueba de la culpa*

La jurisprudencia española y argentina es concorde en que el abogado en ejercicio no promete el éxito de la gestión encomendada y, consecuentemente, sólo puede exigírsele una conducta conforme a la *lex artis ad hoc*.

Por eso, en los supuestos de responsabilidad por infracción de deberes profesionales la inversión de la carga de la prueba no es de aplicación generalizada. En otros términos, no puede partirse de una presunción de negligencia<sup>35</sup>, pero este punto de partida no niega que el abogado asuma ciertas obligaciones de resultado; así por ejemplo, puede comprometerse a entregar un contrato redactado en una fecha determinada, a suscribir y presentar los escritos en término, etcétera<sup>36</sup>.

Además, en muchos casos, la culpa surge de los propios hechos (*res ipsa loquitur*). Así por ejemplo, la Corte Nacional, si bien admite que "no debe llevarse la responsabilidad del abogado al límite extremo de hacerlo

<sup>33</sup> Audiencia Provincial de Madrid, 30-VI-1993, *Revista General del Derecho*, año L, nro. 58390, octubre-noviembre 1993, Valencia, pág. 10.523.

<sup>34</sup> Audiencia Provincial de Málaga, 13-I-1996, *Revista General del Derecho*, año LII, nro. 619, abril 1996, Valencia, pág. 4725.

<sup>35</sup> Ver, entre muchas, sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 16-III-1996, *Revista General del Derecho*, año LII, nro. 624, setiembre 1996, Valencia, pág. 10.430; Audiencia Provincial de Lérida, 31-VII-1993, *Revista General del Derecho*, año LII, nro. 622623, julio-agosto 1996, pág. 9321.

<sup>36</sup> Para estos supuestos, consultar, por todos, Trigo Represas, Félix A., "Responsabilidad civil de los abogados", J.A., 1994-III-677.

cargar con toda la falta de veracidad en los planteos de su patrocinado, pues no puede exigírsele que se transforme en un investigador exhaustivo de los hechos que aquél le narra y que, generalmente, no son de su conocimiento personal<sup>37</sup>, ha dicho que, a veces, ese conocimiento surge del propio hecho, como es el supuesto de una contestación de la demanda que niega el carácter de inquilino, pero no explicita por qué se encuentra en el inmueble; en el caso, sigue diciendo el tribunal, el abogado debió preguntarle a su cliente en virtud de qué título legítimo ocupaba el inmueble para luego poder ensayar una defensa procesal<sup>38</sup>.

Los casos más frecuentes de culpa "cantada" son normalmente aquellos en que el proceso se pierde por caducidad de instancia. Permitir que se produzca la caducidad de instancia —ha dicho con toda razonabilidad un tribunal argentino— configura una omisión grave en el cumplimiento de las obligaciones profesionales<sup>39</sup>; "el abogado patrocinante, aunque no tenga la representación directa del cliente ni esté sujeto a las reglas del mandato, debe ejercitar el patrocinio o la defensa de los intereses de éste, ya sea conduciendo el pleito bajo su dirección o aconsejando las soluciones legales que considere pertinentes; por tanto él también es responsable cuando deja que se perima la instancia"<sup>40</sup>.

#### d) Tipos de culpa

##### - Generalidades

El abogado, como el médico, puede errar en el diagnóstico (p. ej., afirma que el cliente tiene jurídicamente razón en un caso en que el ordenamiento no concede legitimación para actuar), en el tratamiento (p. ej., pretende reclamar el derecho de su cliente por la vía ejecutiva pero carece de título) en su ejecución (p. ej., por su inactividad, se declara la caducidad de instancia en el juicio, bien iniciado, por la vía que corresponde, en favor de su cliente que jurídicamente tiene razón); en esta última incurre también el abogado que teniendo que controlar el expediente en el que el demandado llegó a un acuerdo con el actor, efectuó pagos parciales y logró la suspensión de la ejecución, no obstante lo cual, el actor solicitó y el juez dispuso la subasta del inmueble sin que el demandado impugnara, a través de su abogado, que la notificación había sido realizada de modo intempestivo<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> CNCiv., Sala P, 30-V-1994, "Eren s/A.L.A.", L.L., 1995-E-146.

<sup>38</sup> Cám. Nac. Fed. Cont.-Adm. Sala IV, 26-XI-1993, L.L., 1994-C-643.

<sup>39</sup> Cám. 1° de Apelaciones Civ. y Com. de Lanús de Zárate, Sala II, "Quilones s/Vilmaril", *Revista de Jurisprudencia Provincial*, tomo 4, nro. 5, junio de 1994, pág. 435, con nota agrobaterista de Jorge Massat Iturrigaray, "Responsabilidad del abogado patrocinante. Caducidad de la instancia. Dirección del proceso".

<sup>40</sup> Trib. Bona. 27-XI-1992 y comentario de Marinelli, Fabris, "Le nuove frontiere della responsabilità professionale dell'avvocato", *Le Nuove Giurisprudenze Civili Convenziate*, tomo X, nro. 2, 1994, pág. 267.

- La actualización permanente

La complejidad creciente de la ciencia del Derecho obliga al abogado a estar permanentemente actualizado; él no debe tomar asuntos referidos a ámbitos que desconoce; por eso, es justa la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que condenó a un "abogado que contrató la prestación de sus servicios con una entidad mercantil cuya vida societaria era azarosa, cuya documentación presentaba múltiples irregularidades y que, decidida a normalizar su situación jurídica, tanto en relación con los socios como frente a terceros, recabó los servicios profesionales del demandado, a quien no sólo le faltaba preparación en el ámbito mercantil, rama del ordenamiento jurídico cuyo conocimiento era necesario para la correcta prestación de los servicios que se le recababan, sino que denotó una actuación descuidada y negligente en la normal ejecución del contrato"<sup>41</sup>.

- Violación del deber de informar

La mayoría de los códigos de ética establecen el deber de los abogados de "proporcionar a su cliente información suficiente acerca del tribunal u organismo donde tramite el asunto encomendado, su estado y marcha, cuando así se lo solicite en forma y tiempo adecuados".

Además de este deber, existe el de explicar al cliente las diferentes vicisitudes que el caso puede presentar; las variantes posibles y la conveniencia o no de acudir a los estrados tribunales u a otros métodos alternativos de resolución de conflictos, etcétera.

Con alguna exageración, se ha dicho que "actualmente, la palabra abogado es sinónima de consejero: con la profusión de leyes es común que el más simple particular golpee la puerta del abogado en vista de instrucciones. De la misma manera que Virgilio guía al Dante en los círculos del infierno, cabe al profesional orientar al cliente en la verdadera selva oscura que es actualmente el ordenamiento jurídico"<sup>42</sup>.

Más allá de las exageraciones, respecto de los abogados, como de los médicos, la doctrina y la jurisprudencia insisten en el deber de informar.

El dictamen de la Comisión de reflexión número 5 del III Congreso Internacional de Derecho de Daños, 1993, dedica varios párrafos al deber de información; se lee:

"4. El conocimiento, diligencia y prudencia que debe el abogado en el ejercicio profesional se integra con el deber de información al cliente, especialmente referido al amparo jurídico de la pretensión, indicando las posibilidades, sin dar certeza sobre el resultado".

<sup>41</sup> Audiencia Provincial de Barcelona, 18-III-1996, *Revista General del Derecho*, año LII, no. 624, setiembre 1996, Valencia, pág. 10.430.

<sup>42</sup> Cfr. Siebenhütter de Andrade, *Falas*, op. cit., pág. 343.

"5. El deber de informar adecuadamente se integra de tal forma con el deber de dar consejo y con mayor razón si se tratara de especialistas".

"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".

En suma, "no se trata de atarigar al cliente con tecnicismos, descripción de estructuras procesales, fórmulas sacramentales o enunciados de diligencias secundarias"<sup>43</sup>, sino de transmitirle los conocimientos mínimos para que comprenda la situación en la que está inmerso.

- Demandas interpuestas después de cumplido el plazo de prescripción

Uno de los presupuestos para que prospere la pretensión de daños y perjuicios contra el abogado a quien se imputa haber dejado prescribir la acción por no interponer la demanda dentro de los plazos legales, es la prueba de que el encargo fue hecho.

El estudio de la jurisprudencia debe ser muy cuidadoso en el análisis de las circunstancias fácticas que rodean cada caso; de otro modo, corre el riesgo de creer que enfrenta contradicciones donde no existen.

Así, por ejemplo, son correctas las siguientes sentencias:

La que rechazó la demanda interpuesta contra un abogado a quien sólo se le había encomendado asistir al acto de conciliación administrativa, sin que posteriormente se le otorgaran poderes para seguir con la tramitación judicial, ni se le adelantaran gastos. El tribunal afirmó que si bien, por lo general, "el encargo realizado a un abogado lo es también para todas las actuaciones posteriores, en el sublite debe llegarse a la conclusión contraria por tratarse de actos de naturaleza preparatoria (conciliación) sin que posteriormente se hayan desarrollado otros contactos"<sup>44</sup>.

La que calificó de culpable la conducta del abogado que, habiendo promovido el acto de conciliación (que fracasó) interpuso la demanda cuando ya había caducado el plazo<sup>45</sup>.

La que declaró que el simple silencio del cliente no puede inducir al profesional a dar por extinguido el mandato; por el contrario, entre sus diligencias, está la de interpelar formalmente al propio mandante con el fin de conocer si quiere continuar con la obra o no, pues de otro modo sus

<sup>43</sup> Barbier, E. A., *op. cit.*, pág. 382.

<sup>44</sup> Audiencia Provincial de Barcelona, 4-VII-1995, *Revista General del Derecho*, año LII, ars. 615, diciembre 1995, Valencia, pág. 11.827.

<sup>45</sup> Audiencia Provincial de Málaga, 17-VI-1994, *Revista General del Derecho*, año LI, ars. 610/11, julio-agosto 1995, Valencia, pág. 9414.

derechos estarán seriamente comprometidos, como efectivamente ocurrió en el caso en que el abogado no realizó ningún acto interruptivo por lo que prescribió la acción por los daños y perjuicios sufridos durante un accidente de tránsito<sup>46</sup>. En ese caso, el abogado había recibido un poder para llegar a un acuerdo, incluso extrajudicial. La compañía aseguradora de la contraparte se puso en contacto con él, pero luego, ni las llevó adelante ni inició juicio; cuando retomó las conversaciones, la compañía invocó exitosamente la prescripción.

- Omisión de recurrir, interposición de recursos extemporáneamente, inasistencia a la audiencia para informar el recurso

Se ha dicho que "el mero hecho de no recurrir una determinada resolución judicial no puede constituir un incumplimiento contractual ya que no existe una norma de conducta que obligue al abogado a recurrir todas las resoluciones judiciales sino que tal hecho debe ser valorado técnicamente para apreciar la oportunidad de la interposición del recurso"<sup>47</sup>. Tampoco hay culpa si el abogado no comparece a la vista de causa de un recurso de apelación siendo éste parte apelada, por que de esta ausencia no se deriva daño alguno para el cliente dada su posición procesal<sup>48</sup>.

Sin embargo, el abogado que se obligó por contrato a apelar la sentencia desfavorable y no lo hizo pensando que el recurso era inútil, no puede adoptar una actitud meramente pasiva, dejando precluir el plazo, sino que debe informar al cliente e incluso apartarse de la defensa del asunto para permitir al cliente buscarse otro letrado que proceda a la interposición del recurso<sup>49</sup>.

No exime al abogado, es una mera excusa, un argumento inconsistente, afirmar que, habiendo intervenido recién en la segunda instancia, etapa en la que fue contratado para redactar la expresión de agravios, no fue informado de la fecha en que los clientes fueron emplazados para comparecer ante la audiencia y, por tanto, no podía conocer cuándo finalizaba el plazo de diez días que el tribunal les concedió para comparecer con un nuevo procurador<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> Cass. Civ., 29-IV-1994, en *Responsabilità Civile e Presidenza*, vol. LIX, nro. 4-5, luglio-ottobre 1994, pág. 6356, con nota de Rata, Simona, "La responsabilità dell'avvocato: alcune considerazioni in margine ad una riaffermazione della Suprema Corte".

<sup>47</sup> Audiencia Provincial de Barcelona, 23-XI-1994, *Revista General del Derecho*, año LI, nro. 608, mayo 1995, Valencia, pág. 5655.

<sup>48</sup> Audiencia Provincial de Barcelona, 12-VI-1996, *Revista General del Derecho*, año LII, nro. 613/4, octubre-noviembre 1996, Valencia, pág. 12.145.

<sup>49</sup> Audiencia Provincial de Salamanca, 2-V-1994, *Revista General del Derecho*, año LI, nro. 606, marzo 1995, Valencia, pág. 2812.

<sup>50</sup> Audiencia Provincial de Valencia, 1<sup>o</sup>-X-1993, *Revista General del Derecho*, año L, nro. 593/593, febrero 1994, Valencia, pág. 819.

Cabe también apoyar la decisión del Supremo de España que confirmó —por no ser revisable en la instancia casatoria— la sentencia de la Audiencia de Valencia que condenó a reparar el daño moral a un procurador que traspapeló la expresión de agravios que el abogado le remitió desde Madrid, quedando desierto el recurso de la clientela común<sup>51</sup>.

### 3. La relación de causalidad adecuada

#### a) La dificultad del tema. Pautas generales

Como en la mayoría de las acciones de daños y perjuicios, es necesario acreditar que existe relación causal adecuada entre la conducta culposa del profesional y el daño producido; en otros términos, el juez debe verificar si la actuación negligente del profesional fue o no la causa de que el cliente no ganara el pleito, o, en general, de que el legitimado sufriera el daño.

Desde antiguo, se señala la especial dificultad de esta materia en el ámbito de la responsabilidad profesional del abogado; basta remitirse al fallo de 1891 de la Casación italiana que resolvió una acción interpuesta contra un abogado que había apelado tardíamente; dijo que esta conducta comportaba un incumplimiento contractual que daba lugar a la restitución de las sumas entregadas a título de gastos y compensación, pero no al resarcimiento de los daños derivados del vencimiento. La *ratio decidendi* puede ser resumida del siguiente modo: "siendo el producto del fenómeno judicial, o el resultado de la litis, el fruto del concurso de múltiples y normalmente imponderables factores (la conducta procesal de las partes, la energía puesta en la conducción de la litis, la opinión personal del juez, el estado de la doctrina y de la jurisprudencia en el tiempo y en el lugar en el cual el juez es llamado a pronunciarse, etc.), de hecho, es imposible efectuar una estimación preventiva"<sup>52</sup>.

Sin perjuicio de advertir la dificultad, doctrina y jurisprudencia tienen hoy una posición menos "trágica"; sus formulaciones, aunque no absolutas, sirven para guiar al intérprete.

Así, por ejemplo, se ha resuelto que corresponde rechazar la demanda si "no existe la menor base para entender que la sentencia penal hubiera sido más favorable a la actora con otra defensa"<sup>53</sup>; si no obstante haber interpuesto tardíamente una demanda, se ha determinado que la preten-

<sup>51</sup> Tribunal Supremo de España, Sala 1.ª, 20-V-1896, *Actualidad Aranzadi*, diario del 30-V-1896.

<sup>52</sup> Citado por Costantino, Nicola, "Colpa professionale dell'avvocato e chance di vittoria del cliente", *Danno e Responsabilità*, nro. 3, setiembre-octubre 1996, pág. 645.

<sup>53</sup> Audiencia Provincial de Lleida, 21-VII-1956, *Revista General del Derecho*, año LII, nro. 622/623, julio-agosto 1956, pág. 8293.

sión hubiese sido, de cualquier modo, rechazada en el fondo<sup>54</sup>; si a pesar de la dilación de los procedimientos, el demandado hacía tiempo que estaba en insolvencia, por lo que de cualquier modo el actor no hubiese podido percibir el crédito<sup>55</sup>.

*b) La culpa de la víctima (normalmente, el cliente)*

A veces, el daño tiene causa adecuada en la falta de colaboración del cliente; por ejemplo, no proporciona los datos de los testigos, no concurre a la audiencia fijada para absolver posiciones, etcétera, no obstante que el abogado ha cumplido eficientemente con su deber de información. La Comisión de reflexión número 5 del III Congreso Internacional de Derecho de Daños, 1993, especificó: "Para apreciar el nexo de causalidad entre la culpa y el daño no pueden obviarse los supuestos de inestabilidad jurídica y el obrar del cliente reticente".

Por aplicación de estos principios se ha resuelto que el abogado que no ejerció el derecho de retracto dentro del plazo legal no debe responder si el cliente no acredita que le dio el dinero para hacer el depósito en tiempo propio<sup>56</sup>; si el abogado presentó la petición de ejecución de la sentencia que declaraba nulo el despido fuera del plazo de caducidad (previsto legalmente para ejecutar la sentencia), pero la otra parte no invocó la caducidad operada ni el juez tampoco por lo que quedó firme la resolución que dispuso el pago de la indemnización correspondiente, el abogado no debe responder aunque luego la patronal se presentara en quiebra y cuando el obrero pidió se le pagara la indemnización, le opusieron la caducidad y en lugar de discutir en el expediente que ya había otra decisión que había pasado en autoridad de cosa juzgada que le otorgaba el derecho a la indemnización, inició un juicio contra el abogado<sup>57</sup>.

*c) El error de hecho y el de derecho. La relación causal y el "iuris novit curia"*

Se afirma con frecuencia que el error de derecho tiene menores consecuencias que el de hecho por cuanto puede quedar subsanado por aplicación del principio *iuris novit curia*.

<sup>54</sup> Corte de Casazione, Sez. III Civile, *Il Foro Italiano*, año CXXI, nro. 78, 1996, pág. 2386.

<sup>55</sup> T.S. España 28-XII-1996, *Revista General del Derecho*, año LIII, nro. 631, abril 1997, Valencia, pág. 3747.

<sup>56</sup> Audiencia Provincial de Lleida, 24-V-1996, *Revista General del Derecho*, año LII, nro. 628/29, enero-febrero 1997, Valencia, pág. 1015 (en sustancia, el retracto se asume el derecho que los códigos procesales argentinos denominan sobreseimiento del juicio ejecutivo).

<sup>57</sup> Audiencia Provincial de Pontevedra, 23-I-1996, *Revista General del Derecho*, año LII, nro. 615, diciembre 1996, Valencia, pág. 34273.

El acerto, sin embargo, no es absoluto, pues el juez puede cambiar el derecho invocado, pero no la acción deducida. Así, por ejemplo, el error de derecho puede ser decisivo si entre diversas vías posibles, el profesional elige equivocadamente una, proscribiendo *interferente* la acción correspondiente a la correcta<sup>54</sup>.

#### 4. Las acciones de responsabilidad contra el abogado y la cosa juzgada

En la responsabilidad del abogado, análogamente a lo que ocurre con la del juez (ver *infra* IV.5.a.), podría parecer que, en algunos casos, el acogimiento de la demanda requiriese la previa "destrucción" de una decisión anterior que ha pasado en autoridad de cosa juzgada. Por ejemplo, si una persona afirma que fue condenada porque su abogado la defendió mal y no supo probar la existencia de legítima defensa, parecería que la procedencia de la acción requiriese analizar si la condena fue o no correcta.

Éste ha sido uno de los argumentos esgrimidos en Inglaterra para declarar la inmunidad del *barriester* (abogado de litigio)<sup>55</sup>. En Argentina, algún voto también razona de modo similar; véase el siguiente: un abogado que intervino en el convenio de disolución y liquidación de la sociedad conyugal inició luego, en representación de su cliente (la esposa), un juicio por nulidad de ese acuerdo fundado, entre otras razones, en un vicio de la voluntad. La nulidad fue rechazada. La cliente inició, entonces, un juicio contra el abogado; en ese proceso se rindió prueba sobre los vicios de la voluntad denunciados en el juicio por nulidad (error y lesión). En uno de los votos que rechazó la demanda contra el abogado se lee: "toda la prueba fue innecesaria y extemporánea porque ya hubo una sentencia que pasó en autoridad de cosa juzgada que impide plantear nuevamente lo ya resuelto en un decisorio que reviste la calidad de firmeza e inmutabilidad"<sup>56</sup>.

La formulación, por su excesiva latitud, me parece equivocada; a diferencia de lo que sucede en los supuestos de responsabilidad del juez, cuando se juzga la del abogado no se intenta modificar los alcances de la cosa juzgada; no se afirma que la sentencia es equivocada, sino que a ese resultado (el correcto legalmente de acuerdo a lo que muestra el expediente) se llegó porque el abogado no aportó otra prueba, o no planteó la defensa que correspondía (por ej., la prescripción). Para rechazar la demanda bastaba, entonces, como surge del voto del otro juez interviniente, analizar la conducta del abogado en el juicio; en el caso, el letrado había

<sup>54</sup> Bustamante Alsina, Jorge H., *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 9ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 1345.

<sup>55</sup> No se duda, en cambio, en principio, de la responsabilidad del solicitante, es decir, el abogado que presta servicios fuera del litigio (p. ej., asesoramiento). Ver nota 107.

<sup>56</sup> Cám. Apel. en lo Civ., Com. y de Minería de General Roca, provincia de Río Negro, *Revista de Jurisprudencia Provincial*, año 4, nro. 8, septiembre 1994, pág. 368.

asumido todas las diligencias y la causa del daño estaba en la actitud de la propia clienta, culpable del divorcio por adulterio que, para evitar que esta situación fuese conocida por sus hijos, consentió todas las imposiciones del marido (pese a los consejos de su abogado) en un proceso por mutuo consentimiento, en el que perdió casi todos sus bienes propios.

##### 5. El daño. Una regla con excepciones: la indemnización de chances

Cuando la conducta a la que se le atribuye el daño ha acaecido en un juicio (sea por acción, sea por omisión), normalmente, lo que se indemniza son las chances y no la totalidad de lo petitionado en ese pleito, desde que se desconoce cuál habría sido el resultado de la acción si se hubiese iniciado, del recurso si se hubiese interpuesto, de la prueba si se hubiese rendido, del juicio si no hubiese concluido por caducidad de instancia, etcétera.

Salvo casos de excepción, "no es posible asegurar certeramente que mediante una acción profesional irreprochable se hubiera logrado una sentencia favorable en un 100%. Esto plantea la necesidad de medir la cuantía de la indemnización en función de la efectividad del daño sufrido, que no es la frustración de lo pedido en la demanda sino la privación de una probabilidad de ganancia o chance, susceptible de grandes variaciones según las circunstancias de cada caso y la ponderación del criterio que habría tenido el tribunal de haber tenido la posibilidad de expedirse en otras condiciones, que es lo que frustró la culpa del abogado con la declaración de la caducidad de instancia"<sup>61</sup>.

En suma, el Tribunal ante el cual se dirime el juicio por responsabilidad, debe analizar el caso "si no al modo de un tribunal de revisión, si haciendo un análisis de su prosperabilidad y de la prudencia o temeridad de su interposición y aun en estos términos, de obligada relatividad"<sup>62</sup>.

Bien se ha dicho que "debe valorarse la frustración del derecho de acceso a un recurso, debiendo recordarse que el derecho más progresista en cuanto a cobertura de riesgos viene incluyendo últimamente el resarcimiento de la simple "pérdida de oportunidades reales", expresión tomada del Derecho sajón y recogida por la jurisprudencia del TEDH en los casos Goddi del 8 de abril de 1984 y Colozza del 12 de febrero de 1985"<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> Cám. Iª de Apelaciones Civ. y Com. de Lomas de Zamora, Sala II, "Quitones o Villamil", *Revista de Jurisprudencia Provincial*, tomo 4, nro. 5, junio 1994, pág. 435.

<sup>62</sup> Audiencia Provincial de Barcelona, 10-VI-1994, *Revista General del Derecho*, tomo LI, nro. 6943, febrero 1995, Valencia, pág. 1050.

<sup>63</sup> Audiencia Provincial de Oviedo, 18-VI-1995, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1995-4-167. En el caso, el tribunal tuvo también en consideración que el abogado había informado a la parte de la muy difícil procedencia de la pretensión, por estar prescrita la acción.

Por lo demás, aunque el incumplimiento no constituya *per se* un perjuicio, a veces, el daño se visualiza como necesariamente derivado de los hechos base del incumplimiento; en otros términos, surge *in re ipsa*, como es el caso del abogado que no presentó la demanda e hizo perder la acción del cliente en una cuestión que no daba lugar a ninguna duda, ni de hecho ni de derecho<sup>64</sup>; o el del abogado, a cuyo empleado se le traspapeló la orden de embargo, por lo que la cautelar ordenada no fue trabada y luego el deudor transmitió el único inmueble que tenía, impidiéndose de este modo cobrar su deuda<sup>65</sup>. Igual solución corresponde respecto del abogado que no renueva la cautelar trabada dentro de los plazos de caducidad permitiendo de este modo la venta del inmueble por parte del demandado.

En estos casos, la cuestión no reside en la existencia del daño en sí mismo, sino en su cuantificación. No siempre es el monto del crédito que el cliente del abogado tenía contra el tercero, ni el del valor del inmueble ilegítimamente sacado del patrimonio, pues puede suceder que el valor de ese bien no coincida con el crédito; puede ser mayor o menor; en el primer caso (el inmueble embargado es de un valor superior al crédito), la indemnización debida por el abogado negligente no puede superar el valor del crédito que su cliente no pudo cobrar; en el segundo (el monto del crédito es superior al valor del bien), no puede superar el valor del inmueble que salió ilegítimamente del patrimonio, pues su conducta negligente no causó el daño sino hasta el valor de ese bien<sup>66</sup>.

Hay, sin embargo, un daño que no puede ser discutido: el de las costas que el damnificado debió pagar por la conducta negligente del abogado.

#### IV. DAÑOS CAUSADOS POR NOTARIOS

##### 1. Normativa

A diferencia de lo que acontece con los abogados, en el Código Civil argentino existe el artículo 3671 que se refiere, específicamente, a un

<sup>64</sup> Cfr., Audiencia Provincial de Barcelona, 34-V-1994, *Revista General del Derecho*, año LI, ars. 603, diciembre 1994, Valencia, pág. 13.397.

<sup>65</sup> Audiencia Provincial de Barcelona, 14-XII-1993, *Revista General del Derecho*, año L, ars. 596, mayo 1994, Valencia, pág. 5232.

<sup>66</sup> En su sentencia del 17-XI-1995, la Sala 1ª del Supremo sostiene que para la determinación del daño debía tenerse en cuenta el valor real de los inmuebles y no el otorgado en la subasta de los mismos en la que había resultado adjudicatario el ejecutante y que no pudo inscribirse porque en el ínterin habían salido del patrimonio del ejecutado por no haberse renovado la anotación del embargo. Sentuvo el tribunal que en este caso lo que el ejecutante perdía realmente fue la propiedad de tales bienes, que hubieron pasado a su patrimonio si no hubiesen salido por haber caducado la anotación del embargo (Claridad Anunciada, boletín del 30-XI-1995).

supuesto de responsabilidad del escribano: la de quien tiene en su poder o en su registro un testamento de cualquier especie, por los daños y perjuicios que ocasione su omisión en ponerlo en conocimiento de las personas interesadas luego de morir el testador.

## 2. Tipos de notariado<sup>47</sup>

### a) Sistemas:

La profesión notarial está regulada de diversos modos. Con trazos excesivamente gruesos, pueden enumerarse los siguientes sistemas:

- *Notario profesional* (imperante en Inglaterra, Estados Unidos de América, Suecia). Al igual que los abogados, pueden ejercer esta profesión en número ilimitado. Tienen función certificante y no legitimadora y, por eso, el instrumento que emiten tiene sólo el valor de la prueba escrita.

- *Notario funcionario estatal* (rige en Andorra, Dinamarca, etc.). El escribano es designado y pagado por el Estado. A veces, es un funcionario judicial, otras, pertenece a la Administración.

- *Notario profesional investido de función pública*. Admite dos variantes:

- 1) Libre: hay ilimitado número de plazas (Uruguay).
- 2) Latino puro: la profesión está regida por el *numerus clausus*.

### b) El sistema argentino

Desde hace muchos años, la doctrina discute a cuál sistema adhiere el ordenamiento argentino. No pretendo transar la disputa pero al parecer, la opinión mayoritaria se inclina por entender que el escribano es un *profesional del Derecho que cumple una función pública*. Así lo declararon las Jornadas Sanjuanas de Derecho Civil (1952) y las Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes, provincia de Buenos Aires, 1981<sup>48</sup>.

### c) Sujeto al que se destinan estas reflexiones

Limito estas reflexiones al llamado "escribano de registro", o sea, al que "poseyendo título o diploma profesional obtenido luego de cursar y aprobar los estudios universitarios, se desempeña, previa habilitación de la autoridad competente para el ejercicio de la fe pública o función fedante, como titular o adscripto de un registro de escrituras públicas, pu-

<sup>47</sup> Para esta cuestión ver, fundamentalmente, Bueres, Alberto, *Responsabilidad Civil del Escribano*, Hammarabi, Buenos Aires, 1984, págs. 3 y sigs.

<sup>48</sup> Las recomendaciones de estas encuestas se transcriben en Bueres, A., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, págs. 143 y sigs.

diendo autorizar el otorgamiento de éstas, las que constituyen instrumentos públicos"<sup>68</sup>.

*d) Características de la función del escribano de registro*

- El escribano de registro ejerce una función pública delegada por el Estado (dar fe).

No desconozco que esta tesis ha recibido embates importantes; un argumento significativo es que, a diferencia de lo que acontece con la función pública en general, no hay relación jerárquica entre el notario y el Estado. Sin embargo, en Argentina, la cuestión parece haber sido zanjada por la Corte Federal quien tiene dicho que "la facultad que se atribuye al notario de dar fe a los actos que celebre conforme a las leyes constituye una concesión del Estado acordada por la calidad de funcionario o de oficial público que corresponde a los escribanos de registro"<sup>69</sup>.

- Su libertad para contratar está restringida. A diferencia del abogado, el escribano de registro no "elige de modo totalmente libre a sus clientes" sino que, en principio, debe prestar los servicios que se le reclaman siempre que no sean contrarios al ordenamiento, la moral y las buenas costumbres.

*3. Naturaleza de la función y de la responsabilidad frente a los celebrantes y frente a los terceros*

Sea o no un vínculo contractual el que une a los celebrantes del acto con el notario, su responsabilidad se rige por las normas que dominan el ámbito de la responsabilidad contractual, aunque el escribano haya sido propuesto por una sola de las partes y el daño lo invoque el que no lo propuso<sup>70</sup>.

En algunos países (Francia, p. ej.) se ha llegado a sostener, con alguna exageración, que la jurisprudencia es tan rigurosa con los notarios que la responsabilidad ya no se funda en la culpa sino en el riesgo profesional<sup>71</sup>.

En otros, en cambio, según la opinión mayoritaria, la responsabilidad es de tipo subjetivo, siendo suficiente la culpa.

<sup>68</sup> Trigo Represas, Félix A., "La responsabilidad del escribano público", en *Las Responsabilidades Profesionales. Libro Homenaje a Luis G. Anderson*, Platense, La Plata, 1992, pág. 336.

<sup>69</sup> CSJN, 23-VI-1992, "Colegio de Escribanos s/verif. de libros de requerimientos de firmas del escribano Enrique Garrido", *Iber. Jud.*, 1993-2-329 y J.A., 1993-II-56.

<sup>70</sup> Trigo Represas, Félix A., "Responsabilidad notarial por omisión de los procedimientos inscriptorios de actos que requieren publicidad", J.A., 1982-IV-41.

<sup>71</sup> Decarua, J. P., *op. cit.*, pág. 127. En Italia, parece compartir este criterio, Visintini, G., *Trattato Breve della Responsabilità Civile*, cit., pág. 273.

Por lo demás, es factible la absolución penal de un escribano, por no configurar su conducta un tipo penal y, sin embargo, responder civilmente. Así por ejemplo, se absolvió a un notario, a quien se imputaba haber protocolizado un acta sin verificar fehacientemente la documentación aportada por dos personas, que se presentaron como presidente y director de una sociedad anónima sin serlo, lo que permitió que en otra escritura de la misma fecha se concretara una operación inmobiliaria que había sido rechazada por una asamblea de la sociedad<sup>72</sup>.

#### 4. Antijuridicidad y culpa. Algunos casos especiales

La contrariedad de la conducta con el ordenamiento y, consecuentemente, la omisión de las diligencias debidas presentan determinadas características en ciertos deberes impuestos a los notarios. Me referiré a algunos casos particulares:

##### a) El deber de consejo e información

Se ha dicho que el deber de consejo del notario ha sido, hasta ahora, "de geometría variable"; mientras el cliente es menos experimentado, mayor es su extensión; consecuentemente, durante mucho tiempo, la experiencia profesional de un comprador o de un vendedor en el campo inmobiliario permitió atenuar la responsabilidad, desde que "un experto no es lo mismo que un profano". Sin embargo, los tribunales franceses, con la Corte de Casación a la cabeza, han modificado esta posición, dándole a la obligación de consejo una envergadura que algunos autores han calificado de "impresionante"; así por ejemplo, se ha acogido la demanda interpuesta por un banco contra un escribano que no verificó la situación hipotecaria del inmueble, o no le advirtió que el mutuario era una sociedad que aún no se encontraba inscrita en el registro<sup>73</sup>.

Respondiendo a la tendencia que amplía la responsabilidad profesional, se afirma que el deber de consejo del notario se extiende a los elementos instrumentales que pueden implicar pérdida de un derecho. Así por ejemplo, en Francia, se hizo responsable a un escribano que dejó constancia en la escritura pública que el precio se cancelaba con un cheque, sin especificar que éste se recibía *pro solvendo* y no *pro soluto*, es decir, que si no se cobraba subsistía el precio de la venta.

<sup>72</sup> Cám. Mac. Crim y Carcer., Sala 4ª, 29-III-1995, "Reynolds, Juan", J.A., 1995-IV-574. El caso, a no dudarlo, hubiera dado lugar a la condena civil si hubiera habido constitución de actor civil en el proceso penal.

<sup>73</sup> Decarps, J. P., op. cit., pág. 130. En Argentina, en cambio, la Corte Federal liberó de responsabilidad al Estado por el error registral en un caso en que una entidad financiera había dispuesta al escribano de hacer el estudio de títulos y de verificar el estado pasivo (cf. CSJN, 11-XII-1986, "Invernia s/Feis. de Bs. As.", J. L., 1987-C-144 y J.A., 1987-II-105).

*b) La redacción de las escrituras públicas y actas conforme a la ley*

Un fin esencial de la función notarial es dar seguridad jurídica a los celebrantes; para lograr esa finalidad, debe tener los conocimientos técnicos necesarios para que los instrumentos que autoriza sean redactados conforme a las disposiciones legales; por eso, debe responder, por ejemplo, por la declaración de nulidad de un testamento por instrumento público que adolece de defectos de forma. Comparto, consecuentemente, la doctrina francesa que afirma que el notario debe ser un jurista, y un buen jurista y debe poner todos sus esfuerzos para asegurar la eficacia jurídica del acto que instrumenta<sup>75</sup>.

Comparto esta posición el despacho de las primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1982) que dice: "la obligación del escribano de autorizar una escritura instrumentalmente válida es una obligación de resultado".

*c) La fe de conocimiento*

*- La fe de conocimiento y el juicio de identidad*

Algunos autores españoles distinguen la *fe de conocimiento* (el escribano declara conocer a la parte celebrante) del *juicio de identidad* (el escribano dice que le justificaron la identidad con documento nacional de identidad). Sin embargo, de la distinción no parece derivarse diferente régimen. En Argentina, en cambio, Bueros propone sustituir la expresión *fe de conocimiento* por *fe de identificación*<sup>76</sup>; de cualquier modo, la opinión dominante entiende que "aunque el escribano recurra al control del documento de identidad que se le exhibe para iniciar y completar la formación de un juicio de conocimiento debe, además, efectuar un análisis de los elementos y datos que del documento surgen en relación a los restantes elementos vinculados al negocio que se ha de instrumentar, debiéndose extender tal análisis a circunstancias que rodean a la operación y que de un modo o de otro, pueden contribuir a formar convicción sobre la identidad de las partes"<sup>77</sup>; con idéntico criterio se ha resuelto que "el escribano que da fe de conocimientos del otorgante de un poder, debe analizar con diligencia, escrúpulo y prudencia, no sólo el documento de identidad que se le exhibe, sino también la totalidad de los elementos

<sup>75</sup> Aubert, Jean Luc, *Responsabilité Professionnelle des Notaires*, 3<sup>o</sup> ed., Rep. du Notariat Défensio, Paris, 1981, pág. 82.

<sup>76</sup> Bueros, Alberto, *Responsabilidad Civil del Escribano*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984, pág. 93.

<sup>77</sup> Cám. Civ. Com. Crim. y Correccional de Tucumán, 18-III-1994, "Coronel o Torres Parayra", L.L.C., 1994-728 (en el caso, se obstante verificarse la culpa de la escribana, la demanda se rechazó por falta de legitimación activa).

precisos y coherentes con los que puede formar un acabado juicio de certeza"<sup>79</sup>.

En la misma tendencia, las primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1982) dijeron:

"La denominada obligación de dar fe de conocimiento exige al escribano un juicio de certeza cuya inobservancia genera responsabilidad. La sola exhibición de un documento de identidad no es suficiente para que el escribano dé fe de conocimiento. El notario, cuando no conoce a las partes, puede autorizar la escritura y dar fe de conocimiento, si previamente adquiere la convicción sobre la identidad de los otorgantes, sin necesidad de recurrir a los testigos de conocimiento (art. 1002. Cód. Civ.). Cuestionada la fe de conocimiento por un tercero:

"Despacho A: es a cargo del notario la prueba de los hechos que lo llevaron a la convicción sobre la identidad de los otorgantes.

"Despacho B (sostenido exclusivamente por el notario Ahumada): es a cargo del tercero la prueba en razón de la fe pública que inviste a sus actos y que se prueban por sí mismos".

#### - Algunas normas especiales

El artículo 23 de la Ley del Notariado española dice: "El notario que diere fe de conocimiento de alguno de los otorgantes inducido a error sobre la personalidad de éstos por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas no incurrirá en responsabilidad criminal, la cual será exigida únicamente cuando proceda con dolo. Pero será inmediatamente sometido a expediente de corrección disciplinaria con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan producido por tal error a terceros interesados".

La Dirección General de los Registros Notariales ha interpretado que de esta norma no se deduce una responsabilidad civil automática del notario sino que es menester que haya culpa del escribano, por aplicación de los principios generales. O sea, según el criterio de este prestigioso organismo, la responsabilidad penal exige dolo; la responsabilidad civil culpa, y ésta no se presume.

Un ejemplo de este criterio es la decisión que liberó al notario que no dio fe de conocimiento, sino que dijo que la identidad se había acreditado con un documento de identidad, que finalmente resultó falsificado por el compareciente (usó el documento del propietario, que había muerto, cambiándole la foto); el fallo no libera porque el artículo transcrito hace responsable al que había dado fe de conocimiento y en el caso mediaba

<sup>79</sup> CNCiv., Sala A, 7-IV-1968, "Bco. Comercial del Norte S.A. o/Kohan", L.J., 1968-E-291.

sólo un juicio de identificación, sino porque en opinión del sentenciante no se había probado la culpa del notario, quien fue engañado, merced a la falsificación del documento<sup>79</sup>.

- La fe de conocimiento y la responsabilidad del notario por el adscripto

Según algunos fallos, dar fe de conocimiento es una actividad personalísima; por eso, el escribano titular no respondería del incumplimiento de las normas relativas al deber de fe de conocimiento por parte del adscripto. En tal sentido se ha dicho: "El escribano titular responde genérica y objetivamente por las incorrecciones o errores provocados por negligencia del adscripto sólo cuando sean susceptibles de su apreciación y cuidado, mas no cuando se trata de actos que no puede verificar ni controlar, mas lo es la prestación de la fe de conocimiento, en cualquiera de sus variantes, que es una afirmación personal del adscripto"<sup>80</sup>.

No comparto esta opinión, aunque reconozco que cuenta con muchos adeptos. Explicaré por qué:

En Argentina, el artículo 23 de la ley nacional 12.990 dice: "Los escribanos adscriptos, mientras conserven ese carácter actuarán dentro del respectivo registro con la misma extensión de facultades que el titular y simultáneamente e indistintamente con el mismo, pero bajo su total dependencia y responsabilidad y reemplazarán a su regente en los casos de ausencia, enfermedad o cualquier otro impedimento transitorio. El escribano titular es el responsable directo del trámite y conservación del protocolo y responderá de los actos de sus adscriptos en cuanto sean susceptibles de su apreciación y cuidado".

Creo que la ley es bastante clara; por mucho que se argumente y distinga, en mi opinión, este artículo hace responsable al titular por las negligencias del adscripto<sup>81</sup>.

*d) Constatación de la capacidad del otorgante y de su estado de familia*

Para un importante sector doctrinal no pesa sobre el escribano el deber de requerir al otorgante documentación relativa a su estado. En otros términos, el notario tiene la facultad de requerir este instrumental, pero no el deber; por tanto, quedaría fuera del ámbito de la identificación

<sup>79</sup> DGBN R, 13-IX-1995, *Revista Jurídica Española La Ley*, no. 4, 1995, pág. 412.

<sup>80</sup> CNCiv., Sala A, 16-II-1996, "Figueroa, Carlos o/Figueroa", J.A. 1996-II-381 y L.L. 1996-B-55, con nota de Gualt Post, Jaime, "Responsabilidad del escribano titular por la actuación de su adscripto", idem, 7-IV-1998, "Bo. Comercial del Norte S.A. o/Kahan", L.L. 1998-E-297.

<sup>81</sup> Bazzari, A., *Responsabilidad Civil del Escribano*, cit., pág. 121.

lo atinente al estado de familia, capacidad, estado mental del individuo, etcétera<sup>82</sup>. No comparto esta posición; si bien es cierto que el notario no es un perito médico para poder determinar si una persona está o no mentalmente sana, ha alcanzado o no cierta edad, etcétera, en ciertos supuestos, un criterio mínimo de razonabilidad le imponen exigir ciertos elementos corroborantes de su convicción inicial. Recuérdese, una vez más, la figura abierta que define a la culpa en el Código Civil argentino: "la omisión de las diligencias debidas según las circunstancias...". Por lo demás, la eficacia y vigencia efectiva de algunas normas protectoras de la vivienda familiar requieren el control del escribano (tal lo que sucede, p. ej., con la exigencia del asentimiento conyugal para vender el inmueble donde asienta el hogar familiar, aunque sea propio de uno de los cónyuges, si existen hijos incapaces<sup>83</sup>).

### e) Estudio de títulos

La jurisprudencia italiana resuelve, desde 1959, que el notario está obligado a cumplir el encargo que las partes le han confiado "con la diligencia propia de un profesional suficientemente preparado y avezado" (*diligenza del professionista sufficientemente preparato ed avveduto*); por lo tanto, su obligación se extiende a la actividad preparatoria y sucesiva, llamada "visado" (*visura*) catastral e hipotecario, necesaria para individualizar exactamente el inmueble y verificar su estado, obligación de la cual puede ser exonerado, por motivos de urgencia o por otras razones, solo por acuerdo y expresa dispensa de las partes<sup>84</sup>.

Se razona del siguiente modo: Es obvio que quien adquiere un bien desea realizar una adquisición válida y plenamente eficaz. En vistas a tal resultado, no se puede pretender, indudablemente, que el notario prevea todas las posibilidades de conductas de modo tal que la adquisición sea impugnable e inatacable bajo cualquier aspecto (si así fuera, debería verificar, por ejemplo, la solvencia del vendedor, para saber si está o no en el período de sospecha). Pero, frente a las declaraciones de las partes de enajenar y adquirir un bien libre de todo gravamen, no excede del límite de la diligencia ordinaria y responde a una elemental exigencia,

<sup>82</sup> Bueres, A., *Responsabilidad Civil del Escribano*, cit., pág. 103.

<sup>83</sup> Para este cuestión, me remito a mi obra *Protección Jurídica de la Vivienda Familiar*, Hammurabi, Buenos Aires, 1985, pág. 304.

<sup>84</sup> Ver jurisprudencia citada por Petrelli, Gaetano, *Visura Ipoteccaria. Responsabilità Civile del Notaio. Limiti del Danno Rimovibile*, Giuffrè, Milano, 1994, pág. 7. El autor explica que el criterio jurisprudencial transcrito es obra de una evaluación sociológica de la función del notario, pues antes de 1959 la Casación no pedía sobre el notario el deber de estudiar las antecedentes registrales y catastrales del título y sin embargo, la legislación no ha cambiado.

exigir que el notario, valiéndose de los medios usuales que el ordenamiento jurídico presta a tal fin, deba previamente verificar si el bien está libre, siempre que las partes, por razones de urgencia o por cualquier otra razón no lo hayan expresamente dispensado previamente. La investigación preventiva catastral y registral, hace, normalmente a la preparación del acto y por eso constituye un presupuesto necesario del cumplimiento de la obligación profesional<sup>85</sup>.

La jurisprudencia que vengo reseñando funda el deber del notario de estudiar los antecedentes registrales y catastrales en:

- El principio de buena fe;
- Los usos integrativos del contrato de servicios<sup>86</sup>.

Por aplicación de estas reglas la Casación italiana condenó, fundada en el artículo 1176 del Código Civil italiano ya citado, al notario que, consultado en la etapa preliminar, redactó un contrato cuyo contenido había sido predispuesto por las partes y no propuso al adquirente hacer el visado registral con el fin de determinar que el inmueble objeto de la promesa de transferencia estaba libre de gravámenes. El actor (el adquirente) le imputaba al escribano haber redactado el contrato y haber ocultado, conociéndola, la existencia de una hipoteca. El tribunal tuvo en cuenta para la condena, la circunstancia de que la hipoteca había sido autorizada por el mismo escribano poco tiempo antes<sup>87</sup>. Ciro de Lorenzo ha criticado la solución; entiende que el tribunal ha sido excesivamente severo al no considerar relevantes dos hechos fundamentales: que se trataba de un preliminar y que el contenido del negocio había sido proporcionado al notario. Afirma que los escribanos se encontrarán, frente a esta sentencia, como el protagonista del delicioso libro de Zanelli, titulado *"Il Turbamenti di un Giovane Notario"*, publicado en 1993. No comparto esta crítica; estimo que más allá de la discusión que encierra a los autores italianos sobre si en su ordenamiento positivo existe o no la obligación de pedir el certificado, en el caso, como bien lo ha señalado Quaranta al anotar el fallo bajo comentario, la circunstancia de haber sido el mismo escribano quien confeccionó la hipoteca anterior, justificaba sostener que éste había actuado en contra del principio de buena fe y sin examinar las diligencias que el caso requería<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> Petrelli, G., *op. cit.*, pág. 20.

<sup>86</sup> El argumento originario de la Corte de Casación, luego rectificada, era que la venta de una casa gravada era nula y que el notario estaba obligado a realizar todo lo posible para que los actos celebrados por las partes fuesen válidos y no nulos (*cf.* De Lorenzo, *Ciro, "Contratto preliminare e visure ipotecarie non consigliate"*, *Danno e Responsabilità*, nro. 2, 1998, pág. 226).

<sup>87</sup> Cassazione Civile, Sez. II, 18-X-1993, *Danno e Responsabilità*, nro. 2, 1998, pág. 208.

<sup>88</sup> Quaranta, Adelaide, "Stipulazione del contratto e responsabilità del notaio", *I Contratti*, 1996-3-237.

El mismo tribunal, en cambio, confirmó una sentencia de los jueces de grado que rechazaron la acción contra el notario que sólo mencionó en la escritura la existencia de "una hipoteca y una inscripción de fecha...". La última expresión hacía referencia a la inscripción de un embargo, que luego causó la subasta del inmueble. Los adquirentes iniciaron un juicio contra el escribano; sostuvieron que era obligación del profesional advertir y precisar a los compradores que la adquisición era inoponible al embargante, explicarles en términos laicos y comprensibles qué significaba la referencia a la inscripción. Los tribunales de grado extrajeron, de las constancias de la escritura, la presunción de que la cuestión había sido discutida entre las partes y liberaron al profesional, pues de los términos del documento se derivaba que los adquirentes no podían ignorar el contenido real de la expresión usada (*inscripción de fecha...*). La Corte, aunque confirmó la decisión por tratarse de cuestiones de hecho expresó una idea muy importante: "aunque se trate de una obligación de medios, el profesional debe desplegar los medios necesarios en vista a la obtención del resultado querido por las partes con la diligencia media de un profesional suficientemente preparado y advertido, pues su obra no puede reducirse a la de un pasivo registrador de la declaración de otro, sino que debe extenderse a una actividad preparatoria adecuada"<sup>89</sup>.

En Argentina, con razonable rigor, se ha resuelto que "el estudio de títulos configura una típica obligación de resultado. Siendo así, su incumplimiento generador de daños da origen a una responsabilidad de tipo objetivo, con fundamento ya sea en la idea de garantía, tutela especial del crédito o riesgo creado. Por ende, el deudor incumplidor sólo puede eximirse de responsabilidad probando la causa ajena, comprensiva tanto del caso fortuito en sentido estricto como de culpa de la propia víctima o de un tercero por quien no debe responder"<sup>90</sup>.

En la misma tendencia, los autores presentes en las primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1992) declararon que la función del escribano no se limita a la faz instrumental sino que comprende el asesoramiento idóneo y actualizado a las partes, orientando a la validez sustancial del negocio. Son obligaciones del escribano: "tramitar los certificados exigidos por la ley 17801 con anticipación suficiente al acto escriturario y noticiar a los otorgantes de cualquier restricción al dominio o a la libre disponibilidad que informe el registro".

<sup>89</sup> Caso. Civ. 26-V-1993, con nota de Bata, Simana, "La diligencia del notario tra obblighi e diritti moderni", *Responsabilità Civile e Previdenza*, vol. LIX, nro. 3, 1994, pág. 326.

<sup>90</sup> Fallo de primera instancia del Dr. Vázquez Ferrerpa del 1º-XI-1994, confirmado por la Cám. Civ. y Com. de Rosario, Sala 2ª, 24-IV-1996, "Cervia Juan y otros otorgadores de Gregoria Anzalone", J.C.A., boletín del 11-VI-1997.

*β Otros actos complementarios de las escrituras públicas**- Tener a la vista los certificados de "libre deuda"*

Se ha estimado que no es deber del escribano la obtención de los certificados administrativos de libre deuda de impuestos y tasas, ya que el escribano puede escriturar teniendo a la vista los recibos justificativos del pago de tales obligaciones, asumiendo una responsabilidad personal frente al Fisco nacional, provincial o municipal por la deuda que resulte impaga<sup>81</sup>.

*- Pedir el certificado para lograr prioridad extrarregistral*

La legislación registral argentina regula el certificado de prioridad, figura jurídica a través de la cual se produce el mal llamado "bloqueo registral" cuyo efecto es otorgar prioridad extrarregistral al acto de transmisión sobre otros actos jurídicos que puedan afectar el inmueble objeto del negocio. No obstante los estrictos términos de la ley<sup>82</sup>, prestigiosa doctrina sostiene que el registro no puede denegar la inscripción de un título expedido sin certificado; lo que sucede, es que la prioridad recién se ganará con la inscripción (prioridad directa)<sup>83</sup> y no tendrá efecto retroactivo al momento de la certificación (prioridad indirecta). En consecuencia, si por no haber solicitado el certificado, las partes del negocio transmisor pierden la prioridad y deben soportar alguna cautelar u otro tipo de gravamen, el notario responderá por este daño, salvo que los celebrantes lo hubiesen dispensado expresamente de la obligación de solicitarlo.

*- Obligación de rogar la inscripción de los títulos en los registros respectivos*

a) Algunos ordenamientos (p. ej., la ley francesa) prevé expresamente la obligación a cargo del notario de inscribir el título autorizado por ante el registro respectivo; frente a estos textos, la doctrina no duda en calificar de conducta omisiva culposa el incumplimiento de esta obligación legal cuya consecuencia es el deber de reparar los daños causados<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> CNCN, Sala C, 31-III-1976, "Escalera o/Arrechátegui", *J. D.*, 63-485 (aclaro que la frase no fue pronunciada en un juicio de responsabilidad civil del escribano sino en uno por escrituración).

<sup>82</sup> El art. 23 de la ley 17.821 dispone: "Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consignó el estado jurídico de la finca y de las personas según las constancias registradas. Los documentos que se otorgan deberán consignar el número, fecha y constancias que resultan de la certificación".

<sup>83</sup> El art. 25. 2do. párrafo de la ley 17.821 dispone: "Esta certificación producirá los efectos de anotación preventiva a favor de quien requiera, en el plazo legal, la inscripción del documento para cuyo otorgamiento se hubiere solicitado".

<sup>84</sup> Aubert, Jean Luc, *Responsabilité Professionnelle des Notaires*, 2<sup>e</sup> ed., Rep. de Notariat Défensiois, Paris, 1981, pág. 78.

b) Aun en los países en que no hay disposición expresa, la doctrina mayoritaria afirma la existencia de esta obligación en cabeza del notario, con estos argumentos:

- La ley no es la única fuente del derecho; la costumbre también genera obligaciones y hay una conciencia generalizada de que el notario no concluye su función autorizando el título, sino que debe regar su inscripción en el registro pertinente;
- El notario debe actuar con imparcialidad y en beneficio común de las partes que celebraron el negocio;
- El resultado práctico de no imponer la obligación a los notarios es el aumento de inexactitudes registrales, tornando inseguro el registro<sup>80</sup>, etcétera.

En esta línea de pensamiento, las Primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1982) declararon que: "es obligación del escribano entregar el título debidamente inscripto ante el registro y organismo respectivo, respondiendo en caso de omisión o inscripción tardía".

c) En opinión de Moisset de Espanés la obligación de inscribir no es de resultado, sino de medios; consecuentemente, el escribano se libera si prueba que presentó el título pero se perdió (o traspapeló) dentro del registro<sup>81</sup>. Para otros autores, en cambio, se trata de una prestación compleja de resultado<sup>82</sup>, razón por la cual, probado el incumplimiento, el factor subjetivo de imputación se descarta e incumbe al deudor la prueba del caso fortuito.

En mi criterio, no hay una verdadera obligación "de inscribir", pues la inscripción, en sí misma, no está a cargo del notario sino de los funcionarios del registro; el contenido de la obligación notarial es *presentar los títulos para su inscripción y realizar las diligencias para salvar los obstáculos que pueda oponer el registro*. De allí que, la obligación de *presentar los títulos* es de resultado; la de *salvar los obstáculos*, en cambio, es de medios.

Confirma este criterio una sentencia que resolvió que si la falta de inscripción permitió que tres de los condóminos volvieran a vender el in-

<sup>80</sup> Alberini, Jorge H., su voto, CNCiv., Sala C, 5-XI-1978, "Quiroga, Remedios c/ Viale", E.D., 71-399 y L.L., 1977-B-174. En el caso, se omitió inscribir la escritura hipotecaria y, consecuentemente, el derecho real de garantía no pudo oponerse en la quiebra posterior del deudor.

<sup>81</sup> Moisset de Espanés, Luis, "La obligación de inscribir y la función notarial", *Revista Tribunales*, año II, nro. 4, 1988, pág. 88, conf. Acquarone, María, "Escribanos: carácter de la obligación de reparar", L.L., boletín del 8-VII-1997, comentario al fallo nro. 95.644 de la CNCiv., Sala A, 13-III-1998, que a diferencia de la autora que le comenta se erróla en la tesis de que se trata de una obligación de resultado.

<sup>82</sup> Trigo Represas, Félix A., "Responsabilidad notarial por omisión de los procedimientos inscriptorios de actos que requieren publicidad", J.A., 1962-IV-48.

mueble anejado, es insuficiente para eximir al notario que la escritura dijese que "previo a la inscripción la compradora debe pagar los impuestos que recaen sobre el inmueble"; si este tipo de cláusulas fuesen suficientes para liberar al escribano, terminarían por ser incorporadas como cláusulas de estilo<sup>98</sup>.

d) El notario está obligado a hacer conocer a las partes las dificultades u obstáculos que el proceso inscriptorio haya tenido con el fin de que se intenten los recursos pertinentes<sup>99</sup>.

e) El hecho de la privación del protocolo no seguido de suspensión o inhabilitación, no constituye un caso de fuerza mayor por lo que no es causal para liberar al escribano por la no inscripción de las escrituras otorgadas por él con anterioridad a la medida sancionatoria administrativa<sup>100</sup>.

### 5. Causalidad

El notario sólo debe reparar los daños que tienen relación causal adecuada con su conducta. Por eso, no responde si se canceló erróneamente una hipoteca (desde que el compareciente al acto no era el acreedor hipotecario), pero esa conducta no fue la que produjo el daño al acreedor, pues cuando se inició la demanda para cobrar el crédito, éste ya estaba prescrito<sup>101</sup>; si el escribano omitió inscribir la hipoteca, pero el gravamen era en segundo grado y el primero consumía el valor total de lo obtenido en la subasta, etcétera.

### 6. Eximentes de responsabilidad

#### a) El dolo de la víctima

La Casación francesa confirmó la decisión de una Corte de Apelaciones que rechazó la demanda de daños y perjuicios interpuesta por un adquirente contra el abogado y el notario, pues aunque uno y otro incurrieron en una culpa profesional al no advertirle sobre los riesgos de la nulidad del contrato, el comprador intervino fraudulentamente en la venta de un inmueble, no obstante saber que allí tenía la residencia

<sup>98</sup> Cám. 2ª Apel., Paraná, 3-IV-1993, "Martín o/Battaux", E.D., 161-348, con nota de Cifuentes, Santos, "El incumplimiento del escribano del deber de inscribir la escritura de compra en el registro de la propiedad".

<sup>99</sup> Malaret de Espinós, L., op. cit., pág. 88.

<sup>100</sup> Cám. Apel. de Junín, 20-V-1982, "Salerno, Oscar o/Dicenta, Rodolfo", J.A., 1982-IV-20.

<sup>101</sup> CNCI v., Sala A, 16-II-1995, "Figueroa, Carlos o/Figueroa", I.L., 1995-B-63, con nota de Giraffi Post, Jaime, "Responsabilidad del escribano titular por la actuación de su adscriptor".

familiar la espasa y los hijos incapaces del vendedor, que falleció dos o tres días después<sup>182</sup>.

### b) Culpa de la víctima

A lo largo de estas líneas he citado muchos supuestos en que los tribunales han rechazado las demandas o reducido sus montos fundados en una culpa exclusiva y notoria de los pretendientes.

## V. EL DEBER DE LOS JUECES DE REPARAR EL DAÑO CAUSADO

### I. Ideas preliminares

Carmelutti decía hace más de treinta años: "El peligro del error judicial es como una gran nube que oscurece el cielo del Derecho procesal"<sup>183</sup>. A los seres humanos nos gustan los cielos claros; por eso, la idea de que puedan proceder demandas contra los jueces (o el Estado) con fundamentos en el error judicial, perturba los espíritus más serenos.

El tema es extremadamente complejo y "presupone elecciones de fondo y de debate en numerosas direcciones"<sup>184</sup>. Estos caracteres justifican la existencia de una profusa bibliografía europea sobre la materia<sup>185</sup>.

<sup>182</sup> Cass. Civ. 1<sup>a</sup>, 16-VI-1992, *Stu Casagrand Immo, Rivista Delle Sicry*, nro. 24, 24-VI-1993, pág. 215, con nota de Aubert, Jean Luc, "Fautes desproportionnées et recours entre consorts".

<sup>183</sup> Citado por Vanni, Roberto, *Novi Profili della Riparazione dell'Errore Giudiziario*, Cedem, Padova, 1982, pág. 85.

<sup>184</sup> Scotti, Luigi, *La Responsabilità Civile dei Magistrati*, Giuffrè, Milano, 1988, pag. 2.

<sup>185</sup> La cuestión de la responsabilidad civil del magistrado ha sido profundamente estudiada en Italia, país donde tampoco faltan excelentes monografías sobre la responsabilidad disciplinaria (véase Mele, Vittorio, *La Responsabilità Disciplinare dei Magistrati*, Giuffrè, Milano, 1987). Para la doctrina anterior al referéndum de noviembre de 1987, "Il referendum indipendenza e responsabilità del magistrato", *Atti del Congresso Nazionale Promosso dall'Associazione Nazionale Magistrati, Sezione del Veneto e dalla Giunta Regionale del Veneto*, Venezia, 3-VII-1986, bajo la dirección de Ennio Furlana y Antonio Padellaro, Cedem, Padova, 1987; Cappellotto, Mauro, *La Responsabilità de los Jueces*, trad. S. Amador, Joz, La Plata, 1988 (el título original de la obra es *Wno odpowiedzialności Sędziowskiej*, Coraggio, Luigi P., "Direzione del processo e responsabilità del giudice", *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXXII, Cedem, Padova, 1977, pág. 14; Chiomenti, Filippo, "Il XVI Congresso della Associazione Nazionale Magistrati (Riflessioni su potere e responsabilità del giudice)", *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, anno LXXIV, 1978, pág. 168; De Vita, Anna, "A mali estrema, prudenti rimedi: la responsabilità del giudice nel diritto francese tra l'eredità del passato e le esigenze del regime moderno", *Quaderns*, nro. 2, Giuffrè, Milano, 1985, pág. 394; Ferri, Giovanni B., "Responsabilità del giudice e garanzia del cittadino", *Quaderns*, nro. 3, Giuffrè, Milano, 1985, pág. 352;

Algunos plantean el tema como el gran dilema entre garantías procesales y responsabilidad del juez<sup>166</sup>:

¿Se quieren garantías procesales? No hay responsabilidad del juez.

¿Se prioriza el derecho de las víctimas a ser reparadas? El juez debe responder.

En mi opinión, la cuestión no debe ser planteada en términos tan absolutos. A lo largo de estas líneas explicaré por qué.

## 2. Sistemas

Con pautas muy laxas, pueden enumerarse dos sistemas extremos:

### a) De la inamidad, o negatorio de la responsabilidad

Se encuentra, principalmente, en los países del *common law*<sup>167</sup>.

Martino, Roberto y Rossi, Riccardo, "Giurisdizione e responsabilità (cronaca di un convegno)", *Ministero di Diritto Processuale*, vol. XLII, Cedam, Padova, 1987, pág. 363; Pellegrino, Giuseppe, "La prassi dei tribunali fallimentari e la responsabilità civile del magistrato", *Il Diritto Fallimentare*, annata LXII, nro. 6, noviembre-diciembre de 1987, pág. 583; Pellegrino, Giuseppe, "L'audienza fallimentare e la responsabilità del giudice", *Il Diritto Fallimentare*, annata LXII, nro. 2/3, Cedam, Padova, 1987, pág. 342; Pinazzano, Alessandro, "La responsabilità del giudice", *Quadrimestre*, nro. 3, Giuffrè, Milano, 1985, pág. 365; Scarpelli, Umberto, "La parte della stella", *Quadrimestre*, nro. 3, Giuffrè, Milano, 1985, pág. 378; Trimarchi, Pietro, "La responsabilità del giudice", *Quadrimestre*, 1986 nro. 3, Giuffrè, Milano, pág. 366; Vigariti, Vincenzo, "Il problema della responsabilità del giudice tra modelli di *Common Law* e modelli continentali", *Quadrimestre*, nro. 3, Giuffrè, Milano, 1986, pág. 433; Walter, Gerhard, "La responsabilità del giudice nel diritto tedesco", *Quadrimestre*, nro. 3, Giuffrè, Milano, 1985, pág. 441; Giuliani, Alessandro y Picardi, Nicola, *La Responsabilità del Giudice*, Giuffrè, Milano, 1987. Para la doctrina posterior a la ley 117 del 13-IV-1988, fundamentalmente, obra colectiva dirigida por Nicola Picardi y Ramona Vaccarella, *La Responsabilità Civile dello Stato Giudice. Commentario alla Legge 13-IV-1988*, nro. 117, Cedam, Padova, 1990; Amato, Cristina, "Osservazioni sulla responsabilità civile del pubblico ministero", *Responsabilità Civile e Procedimenti*, vol. LVII, nro. 6, 1992, pág. 743 (la autora comenta un fallo de la Cassación Italiana del 8-V-1992 que, sin embargo, no aplicó la ley de 1988 pues los hechos juzgados —casualiter trabada a pedido del Ministerio Público en un juicio penal contra Carlo Forti sobre inmatricias de una sociedad que tenía una personalidad diferente, sin haber corrido "el velo de la personalidad"—, habían sucedido en 1981). Cfr. también: Vidoni, Giovanna, "La responsabilità civile del magistrato", *Contratto e Impresa*, nro. 2, Cedam, Padova, 1990, pág. 421; Pellegrino, Giuseppe, "L'audienza fallimentare e la responsabilità del giudice", *Il Diritto Fallimentare*, annata LXII, nro. 3/3, Cedam, Padova, 1987, pág. 342; Senni, Luigi, *La Responsabilità Civile dei Magistrati*, Giuffrè, Milano, 1988.

<sup>166</sup> Agostino, Viviato, "La responsabilità del giudice. Le ragioni di una battaglia", en *Giornale Processuale o Responsabilità del Giudice*, a Curo di V. Ferraro, Franco Angeli, Milano, 1981.

<sup>167</sup> En EE.UU. hay tendencia a aplicar la tesis de la inamidad judicial a los árbitros (cfr. Mostler, Andrea, "Inamidad versus responsabilidad en el proceso arbitral", *RDCO*, año 25, 1992, pág. 356). En Inglaterra, la regla de la inamidad se ha extendido,

El caso más paradigmático de este siglo es, quizás, "Stamp o/Sparkman", de 1978, que rechazó la demanda deducida contra un juez que había ordenado la esterilización de una menor de 15 años, con problemas mentales, omitiendo las más elementales garantías procesales (designación de un curador, audiencia de la parte, etc.)<sup>168</sup>.

Esta posición se funda en los siguientes argumentos:

- La inmunidad favorece la independencia del juez, quien de este modo puede actuar libre del temor a equivocarse.

- Normalmente, faltará la antijuridicidad, primer presupuesto de la responsabilidad; en efecto, "el derecho es lo que los jueces dicen que es", por lo que el juez siempre actuará conforme a derecho.

- El error judicial es inevitable. De no ser los magistrados imunes a sus errores, sólo siendo mendigo o tonto, se aceptaría ser juez<sup>169</sup>.

- Los que acuden a la Justicia asumen el riesgo del posible error, desde que los jueces son hombres y, consecuentemente, la Justicia es falible.

- Normalmente será extremadamente difícil atribuir eficacia causal a la conducta del juez, porque los pleitos se ganan o se pierden, fundamentalmente, por el modo como las partes han planteado las cuestiones.

- Lo justo es que responda quien organizó el servicio, es decir, el Estado.

- La acción enfrenta un valladar insuperable: la cosa juzgada. Decir que el juez se equivocó implica destruir toda posibilidad de seguridad jurídica; el juicio contra el juez se convierte en una instancia no prevista

---

como he explicado, a los barristers. Uno de los casos reiteradamente citados por la doctrina es el del 20-X-1866, en que un tribunal de apelaciones de Inglaterra rechazó la demanda interpuesta por una persona contra su abogado, a quien acusaba de que, por haberlo defendido mal (no interrogó a los testigos de debida forma) no pudo probar que había actuado en defensa propia cuando en realidad así había sido y fue condenado a pena de prisión. El tribunal sostuvo la tesis de la inmunidad fundada en que: a) sólo con esta teoría el abogado puede cumplir su misión sin temor y con independencia, impidiendo que sus actos sean perturbados por acciones vejatorias. b) El abogado es un elemento de la administración de justicia, al igual que el juez: el hacer lugar a la demanda implicaría un nuevo juicio del asunto planteado inicialmente; no hay que autorizar el espectáculo montado por algunos declarados culpables, que pretenda ser resarcido de un daño, con la afirmación de ser inocente (caso citado por Rodríguez Aguilera, *Costares, La Realidad y el Derecho*, Bosch, Barcelona, 1974, pág. 161, nro. 29). Cfr. igualmente, Jackson & Powell, *Professional Negligence*, Sweet & Maxwell, London, 1992, pág. 431, nros. 507 y sig.; Weir, Tony, *A Campbell on Tort*, 8ª ed., Sweet & Maxwell, London, 1996, pág. 15; Markesinis & Deakin, *Tort Law*, 3ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1995, pág. 132.

<sup>168</sup> Cfr. por Tawil, Guido S., *La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el Mal Funcionamiento de la Administración de Justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 179, nota 585.

<sup>169</sup> "Miller o/Slepe", citado por Tawil, Guido S., *op. cit.*, pág. 176.

por los ordenamientos procesales para dejar sin efecto un pronunciamiento que ha devenido firme.

#### b) Réplica a la tesis de la inmunidad

- El argumento de la independencia prueba demasiado, pues lleva de la mano a sostener la irresponsabilidad de todos los profesionales que afrontan cuestiones técnicas de especial dificultad; un médico, por ejemplo, puede afirmar que el temor a la responsabilidad lo presiona de modo similar a una espada de Damocles que le impide ejercer libremente su profesión. Como bien ha dicho el Tribunal Supremo de España, "la situación de los jueces no tiene por qué merecer una sola perspectiva o un solo punto de vista. Los jueces se encuentran arropados jurisdiccionalmente por el manto de la independencia que nada tiene que ver con la dependencia que a los mismos atañe como consecuencia de su carácter de funcionarios"<sup>110</sup>.

- Aunque se acepte el principio según el cual "el derecho es lo que los jueces dicen que es", la juridicidad de la conducta del juez desaparecería cuando su decisión es revocada.

- La afirmación de la inevitabilidad del error lleva a asimilarlo a un verdadero caso fortuito, conclusión que la lógica rechaza.

- Sostener que los litigantes han asumido el riesgo implica tener un concepto desdeñable de la Justicia, reducida a un mero servicio, sin justificación ética frente a la sociedad.

- Es verdad que los daños causados pueden obedecer a diferentes causas, pero es función del jurista desentrañar las diferentes co-causas y establecer su incidencia en el resultado final<sup>111</sup>.

- La responsabilidad del Estado no debe excluir la del juez si se han detectado conductas individuales que, de acuerdo a las circunstancias del caso, merecen ser reparadas por quien las ha causado. Si la víctima debe tener frente a sí a dos responsables, o si sólo responde el Estado sin perjuicio de la acción recursoria, es un problema de estricta política legisla-

<sup>110</sup> Tribunal Supremo de España, 11-III-1996, *Revista General de Derecho*, año LII, no. 694, septiembre 1996, Valencia, pág. 10-812. En Argentina, el carácter de funcionario público del juez está expresamente reconocido en la nota al art. 1112 del Cód. Civ.

<sup>111</sup> Por eso, en materia de responsabilidad del Estado, hay coincidencia en que debe distinguirse según los actos judiciales defectuosos se hayan producido en un proceso predominantemente inquisitivo o predominantemente dispositivo. En este último, la responsabilidad del Estado (y a fortiori la del juez) está muy atenuada, pues el Estado actúa como tercero que dirime una contienda patrimonial entre partes, siendo estas quienes llevan el control del proceso a través del ejercicio de sus respectivas acciones y excepciones, en tanto que en el primero, el control está a cargo del Estado y no del imputado (verf. Cám. Nac. Fed., Sala I, Civ. y Com., 12-XI-1976, "Causa n.º 6/76 Gobierno Nacional", E.D., 71-328).

tiva. En muchos supuestos, la acción requiere la eliminación de la cosa juzgada; pero a este efecto se llega a través de los medios procesales creados para ello (recurso de revisión; acción para atacar la cosa juzgada fraudulenta, etc.).

### 3. Breves datos históricos de los sistemas reseñados y grandes líneas en el derecho comparado

a) El tema en discusión, sistemáticamente expuesto, se remonta al Código Procesal Civil francés de 1806; los artículos 515 y 516 regulaban la llamada *prise à partie*; conforme a esta figura, el juez respondía sólo en casos de dolo; se excluía cualquier responsabilidad culposa del juez, por grave y grosera que fuese la negligencia<sup>112</sup>.

b) La solución fue seguida, casi al pie de la letra por el Código Procesal Civil italiano de 1865, según el cual el magistrado respondía en casos de:

- dolo, fraude o concusión.

- denegación de justicia, entendiéndose que ésta existía si transcurrieran dos meses sin que el juez proveyera algún asunto del proceso, después de haberle instado dos veces a hacerlo<sup>113</sup>.

Otras limitaciones a la demanda eran:

- La competencia por razón de la materia pertenecía al juez inmediato superior al juez demandado;

- Se exigía una autorización para proceder, un filtro preventivo consistente en que el mismo tribunal competente debía autorizar o rechazar la demanda, tras una deliberación secreta y sin oír a las partes.

El sistema nunca tuvo aplicación práctica; Mortara decía: "es necesario rendir tributo a la verdad y admitir que esta institución es la más inútil e ilusoria de las contenidas en el Código".

Posteriormente, el llamado "Código Rocco" (1930) autorizó una indemnización a cargo del Estado, de carácter asistencial y no reparatorio, si se cumplían estos recaudos:

1) un error judicial nacido de una sentencia condenatoria firme, que había sido dejada sin efecto en virtud de un juicio de revisión;

<sup>112</sup> Cfr. Díez-Picazo, Ignacio, *Poder Judicial y Responsabilidad*, La Ley, Madrid, 1990, págs. 185 y sigs.

<sup>113</sup> El problema de la lentitud de la Justicia es un mal que ataca todos los sistemas en todas las épocas; basta recordar el famoso monólogo de Hamlet. Los jueces deberíamos tener presente en todo momento el apremio carcelinario: "Stagla, ma ducidi" (citado por Fernández Estivalgo, Jesús, "Presunción de inocencia, libre apreciación de la prueba y motivación de las sentencias", en II Jornadas de Derecho Judicial, Incidencia de la Constitución en las normas aplicables por los tribunales de Justicia, 1988, pág. 308).

2) privación de libertad de, al menos, tres meses.

El damnificado no tenía un verdadero derecho subjetivo a la reparación; simplemente, el Estado se autoimpone el deber de socorrer a aquellas personas (y sus familias) que hubiesen quedado en un especial estado de pobreza, como consecuencia de una condena más tarde revisada<sup>114</sup>.

Esta solución parcial debió cambiar con la sanción de la nueva Constitución italiana, cuyo artículo 24, última frase dispone: "La ley determina las condiciones y modos para la reparación de los errores judiciales". Por su parte, el artículo 28 del mismo cuerpo legal dice: "Los funcionarios y los dependientes del Estado y de los entes públicos son directamente responsables según la ley penal, civil y administrativa, de los actos realizados en violación del Derecho. En tales casos la responsabilidad civil se extiende al Estado y a los entes públicas".

En cumplimiento de estas disposiciones, se modificaron los códigos de procedimientos (penal y civil) que establecieron un verdadero derecho a ser indemnizado, aunque con importantes restricciones.

En cuanto al ordenamiento procesal civil, el artículo 55 decía: "El juez es civilmente responsable sólo: 1) Cuando en el ejercicio de sus funciones se le imputa dolo, fraude o concusión; 2) Cuando sin justo motivo rehusa, omite o retrasa proveer sobre demandas o peticiones de las partes, o, en general, de realizar un acto de su ministerio". El artículo 56 establecía un sistema de autorización previa del Ministerio de Justicia y luego la designación del juez competente por la Corte de Casación. En función de todos estos requisitos, Capalètti decía que para demandar al juez (y también al Ministerio Público) este Código exigía "ir dos veces a Roma" (para que el ministro diera la autorización y luego para que la Casación designara el juez); estas normas resultaban de dudosa constitucionalidad frente al artículo 28 ya transcrito<sup>115</sup>.

Por eso, tres disposiciones del Código de Procedimientos (los arts. 55, 56 y 74) fueron sometidas a un *referendum abrogatorio*; la intención era que la responsabilidad de los jueces se rigiera por la de los funcionarios públicos en general. La Corte Constitucional declaró constitucional la convocatoria al referéndum<sup>116</sup>. La pregunta era: ¿Quiere la abrogación

<sup>114</sup> Para la evolución del tema en el derecho italiano, Vanni, Roberto, *Nuovi Profili della Riparazione dell'Errore Giudiziario*, Cedam, Padova, 1993, págs. 1 y sigs.; Cirillo, Giuseppe Paolo - Sorrentino, Federico, *La Responsabilità del Giudice*, Jovene, Napoli, 1988, págs. 5 y sigs.

<sup>115</sup> Citado por Dico-Picano, Ignazio, op. cit., pág. 204.

<sup>116</sup> Sentencia nro. 26 del 16-1-1987; el tribunal fue presidido por Antonio La Pergola. Transcrito en "Il referendum: indipendenza e responsabilità del magistrato", *Annali del Consiglio Nazionale Promosso dall'Associazione Magistrato Magistrati*, Sezione del Veneto e dalla Giunta Regionale del Veneto, Venezia, 6-VI-1986, bajo la dirección de Enrico Ferrara y Antonio Paduan, Cedam, Padova, 1987, pág. 227.

de los arts. 55, 56 y 74 del Código de Procedimiento Civil aprobado por decreto del 28 de octubre 1940, 1443? La respuesta fue "sí".

El referéndum generó una polémica altamente politizada desde que, lo que realmente se ventilaba, era el papel de la magistratura italiana; ciertos grupos políticos tenían — y tienen — desconfianza en una magistratura que desvino "demasiado independiente"<sup>117</sup>.

Como resultado de ese referéndum, el 13 de abril de 1988 se sancionó la ley 117 referida al "resarcimiento de los daños causados en el ejercicio de la función judicial y a la responsabilidad civil del magistrado", considerada reglamentaria del artículo 24 de la Constitución<sup>118</sup>. La ley "nació de una profunda tensión y de un sufrido camino parlamentario"<sup>119</sup>.

Según el nuevo ordenamiento "quien ha sufrido un daño injusto por efecto de un comportamiento, un acto o un proceso judicial, desarrollado por el magistrado con dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones o por denegación de justicia puede demandar al Estado para obtener el resarcimiento de los daños patrimoniales y también de los no patrimoniales que deriven de la privación de la libertad personal" (art. 2°).

Para algunos, la ley violó la voluntad popular porque:

- impide al particular interponer demanda contra los jueces, salvo el caso del delito criminal<sup>120</sup>; en efecto, la víctima tiene acción contra el Estado, no hay acción directa contra el juez, quien sólo puede ser demandado por el Estado mediante una acción recursoria (*azione di rinvio*), salvo que haya cometido un delito en el ejercicio de sus funciones, en cuyo caso, la víctima tiene acción contra el Estado y el magistrado (art. 13); aún más, según el criterio de la Corte de Casación la acción directa contra el juez requiere que el delito penal haya sido previamente declarado<sup>121</sup>.

<sup>117</sup> Diaz-Ruano, L., *op. cit.*, 1990, pág. 183, nota 4.

<sup>118</sup> Antes de la sanción de la ley, la Corte Constitucional había resuelto, el 14-III-1988, *in re* "Fania e Ma. di Grazia e Giacinto", que los artículos 55 y 74 del Código de Procedimiento Civil que limitaban la responsabilidad del juez y del Ministerio Público sólo a los casos de dolo, fraude y concusión e injustificada omisión o retardo, no excluían la extensión de la responsabilidad civil al Estado en los mismos casos (*Offesione di Diritto Processuale*, vol. XXIV, año 1989, Cedam, Padova, pág. 123, con nota de Segre, Tullio, "Responsabilità per denegata giustizia e rapporto processuale"). O sea, la Corte dijo que el art. 28 de la Constitución italiana también se aplica cuando el funcionario público es un magistrado.

<sup>119</sup> Scotti, Luigi, *La Responsabilità Civile dei Magistrati*, Giuffrè, Milano, 1988, pág. 3.

<sup>120</sup> Nacci, Paolo Giacinto, *La Responsabilità Ricorsoria del Magistrato Prima e Dopo la Riforma: Problemi di Costituzione*, Studi in Onore di Vittorio Ottaviano, Vol. II, Giuffrè, Milano, 1993, pág. 1378.

<sup>121</sup> Cassan, Civile, Sez. I, 19-VIII-1995, *Danno e Responsabilità*, nro. 3, 1996, pág. 257. El tribunal declara válida esta filia, como lo hizo antes la Corte Constitucional al declarar la validez de los antiguos filias.

Aclaro que el magistrado cuyo comportamiento, acto o resolución causa el juicio, aunque no puede ser llamado a la causa, puede intervenir, a su propia iniciativa, en cualquier fase o grado. El articulado también dispone que la decisión pronunciada en el juicio promovido contra el Estado no hace cosa juzgada en el de repetición si el magistrado no intervino voluntariamente en el juicio.

- no extendió verdaderamente la responsabilidad, permaneciendo "arrinconados" los escasos supuestos en que procede.

- consagró, de modo demasiado absoluto, la llamada "fórmula de salvaguardia" (art. 2.2) según la cual "no puede dar lugar a responsabilidad, la actividad de interpretación de las normas de derecho ni la actividad de evaluación de los hechos y de la prueba". Se advierte, sin embargo, que en el curso del debate parlamentario se registró acuerdo prácticamente unánime sobre esta cláusula<sup>122</sup>.

- impuso nuevas barreras a la responsabilidad. Así por ejemplo, prevé un proceso de procedibilidad aún para la acción contra el Estado: el tribunal, escuchadas las partes, delibera en la Cámara del Consejo sobre la admisibilidad de la demanda... Si la declara admisible, dispone la prosecución del proceso ante la Corte de Apelación o la Corte de Casación (art. 5); además, la demanda debe ser interpuesta, bajo sanción de caducidad, dentro de los dos años desde el momento en que la acción era ejercible (art. 4.2).

Cualquiera sean las críticas, lo cierto es que la Corte Constitucional de Italia resolvió, mediante sentencia del 19 de enero 1989 que el artículo 2.1. de la ley 117, en cuanto exige dolo o culpa grave, no viola el artículo 28 de la Constitución; los límites se fundan en la tutela a la independencia y a la imparcialidad del juez, y "la irresponsabilidad no se traduce en la deformación de los deberes fundamentales ni en la violación inexcusable de la ley o la ignorancia inexcusable de los hechos de la causa"<sup>123</sup>. En cambio, el prestigioso tribunal declaró inconstitucional cierta parte del procedimiento establecido por la ley<sup>124</sup>.

c) La ley orgánica 6/1985 del Poder Judicial de España establece que los jueces y magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando en el desempeño de sus funciones incurrieren en dolo o culpa; están legitimados para demandar los perjudicados o sus causahabientes<sup>125</sup>.

<sup>122</sup> Scotti, Luigi, *op. cit.*, 1988, pág. 103.

<sup>123</sup> Citado y transcrito por Vantini, Giovanni, "La responsabilità civile dei magistrati", *Contratti e Impresa*, nro. 2, 1990, Cedam, Padova, pág. 441.

<sup>124</sup> Cirillo, G. P. - Sorrentino, F., *op. cit.* (appendice di aggiornamenti), pág. 5.

<sup>125</sup> Barroso Serra, Eladio, *Estudio sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial, La Responsabilidad en la Función Judicial: Jueces, Tribunales y Estado. Posición del Ministerio Fiscal*, Colex, Madrid, 1989, pág. 303.

La doctrina discute si está o no vigente la Ley de Enjuiciamiento española, cuyo artículo 903 exige para la procedencia de la acción, negligencia o ignorancia inexcusable; para algunos, la respuesta es negativa; consecuentemente, no se requiere que la culpa sea inexcusable; el Supremo Tribunal, en cambio, combina ambas normas y exige "dolo o negligencia o ignorancia inexcusables"<sup>126</sup>. La acción debe interponerse dentro de los seis meses siguientes a que la sentencia se encuentre firme (art. 905, LEC). Estos inconvenientes interpretativos y otros<sup>127</sup> hacen que en los hechos, la acción personal contra el magistrado sea difícil y los dañados sólo demanden al Estado.

d) En Alemania, el artículo 34 de la Ley Fundamental (G.G.) dice: "Si alguno, en el ejercicio de una función pública a él confiada, comete una violación de un deber de su oficio en relación a un tercero, es responsable primariamente el Estado o el ente público a cuyo servicio se encuentra. En el caso de dolo o culpa grave, es procedente el regreso. Para el resarcimiento del daño y para la acción de regreso no puede ser excluida la competencia del juez ordinario.

Por su parte, el artículo 839 del BGB dispone:

"1) Si un funcionario público comete, con dolo o con culpa, una violación de un deber de su oficio en relación a un tercero, debe resarcir el daño así causado. Si el funcionario público ha actuado sólo con culpa, es responsable sólo si el damnificado no puede obtener el resarcimiento de otro modo.

"2) Si el funcionario público viola su deber al pronunciar una sentencia, responde del daño sólo si configura un delito. Esta disposición no se aplica a la omisión o al retardo en el cumplimiento de los deberes de su oficio.

"3) El resarcimiento no se debe si el damnificado ha omitido, con dolo o con culpa, evitar el daño mediante una vía de impugnación".

Además de estas disposiciones, una ley del 8 de marzo de 1971 sobre indemnización por medidas de persecución penal (StrEG), modificada por leyes del 2 de marzo de 1974, 9 de diciembre de 1974 y 27 de enero de 1987, prevé, entre otras indemnizaciones, la que repara el haber estado en prisión provisional, si luego se decretó la absolución, el sobreseimiento o la denegación de la apertura del juicio oral<sup>128</sup>.

<sup>126</sup> Hernández Martín, Valeriano, *El Error Judicial*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 65.

<sup>127</sup> Martín Gascón Fernández, Mariano, "Reflexiones sobre la responsabilidad de jueces y magistrados", en *Terceras Jornadas de Derecho Judicial*, ed. del Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, págs. 1167 y sigs.

<sup>128</sup> Ver estos datos en Montero Aroca, Juan, *Responsabilidad Civil del Juez y del Estado por la Actuación del Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 88.

#### 4. Naturaleza de la responsabilidad

La responsabilidad del magistrado es siempre extracontractual desde que no existen vínculos contractuales entre el magistrado y los litigantes y mucho menos con los terceros<sup>129</sup>.

#### 5. Presupuestos de la responsabilidad

##### a) La gran barrera: la cosa juzgada; comienzo del cómputo de la prescripción

La responsabilidad en cuestión sólo es viable si el acto jurisdiccional que origina el daño es declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento, el carácter de verdad legal que ostenta la decisión impide juzgar, en tanto se mantenga, que hay error<sup>130</sup>. En suma, no es posible calificar como ilegítimo en un juicio civil por responsabilidad contra el juez lo que se ha tenido por válido y legal en otro juicio<sup>131</sup>. Por eso, en tanto se mantenga la inmutabilidad de la cosa juzgada, no es posible admitir la acción indemnizatoria, la cual sólo será viable implantándose el procedimiento previo de la revisión de la sentencia para comprobar su error manifiesto<sup>132</sup>. Bien se ha expresado: "Si para obtener el resarcimiento de eventuales daños derivados de un pronunciamiento judicial firme —por hallarse consentido, confirmado, ser irrecurrible o no haber sido atacado por los limitados medios que autorizan su revisión— pudiesen otros jueces valorar nuevamente las circunstancias de la causa para determinar si hubo error en la anteriormente tramitada, no se verían estos últimos exentos de la posibilidad de cometer un nuevo error. Como bien ha dicho esta Corte en recordado fallo, si para escapar al peligro del error posible hubiera de concederse recurso de las decisiones de la Corte para escapar a idéntico peligro, habría que conceder recurso de las decisiones del tribunal que padiera revocar las decisiones de la Corte

<sup>129</sup> Tawil, Guido S., *La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el Mal Funcionamiento de la Administración de Justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 186.

<sup>130</sup> CSJN, 14-VI-1988, "Vignone c/Estado Nacional", Fallos, 311:1608, L.L. 1098-E-325, E.D. 129-321; conf. CSJN, 19-X-1985, "Baldá, H. c/Provincia de Bs. As.", Doc. Jud., 1994-I-233, J.A., 1995-III-152 y L.L. 1995-B-311, con nota aprobatoria de Bustamante Alsina, "Responsabilidad del Estado por error judicial": voto mayoritario de la Cám. Apel. en lo Civil y Comercial de Junín, 12-VIII-1993, *Revista de Jurisprudencia Provincial*, año 4, no. 1, febrero 1994, pág. 26, E.D. 154-543 y J.A., 1994-I-327.

<sup>131</sup> Cám. Nac. Civ. y Com. Federal, Sala 1ª, 21-X-1993, "Valgato, José y otros c/Ministerio del Interior", J.A., 1994-III-109, L.L., 1994-C-523 y E.D. 137-523, con nota laudatoria de Bidart Campos, Germán, "¿Error judicial indemnizable, o qué?".

<sup>132</sup> Cám. Nac. Fed., Sala I, Civ. y Com., 12-XI-1976, "Casarova c/Gobierno Nacional", E.D. 71-329.

y, de éste a otro por igual razón, estableciendo una serie que jamás terminaría porque jamás podría hallarse un tribunal en que no fuera posible el error. Habría que establecer por consiguiente, la eterna incertidumbre del derecho con la impotencia de los poderes sociales para poner fin a los pleitos; y por temor de un peligro posible se caería en un peligro cierto y sin duda alguna más grave, de una permanente anarquía (Fañón, 12:134)<sup>129</sup>.

Es también el criterio del Supremo Tribunal de España que resuelve: "en las demandas de declaración de error judicial no puede desconocerse la santidad de la cosa juzgada, intentando reproducir las cuestiones ya debatidas y resueltas"<sup>130</sup>.

Esta posición tiene importantes consecuencias en materia de prescripción. En efecto, si la acción no nace mientras no haya caído la decisión errónea, si se trata de daños y perjuicios reclamados por la prisión preventiva, el plazo no comienza a correr sino a partir del dictado de la absolución<sup>131</sup>; por la misma razón es también acertada la decisión que resuelve que: "corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la excepción de prescripción si la remisión que efectúa a la naturaleza declarativa de la resolución recaída en un *habeas corpus* constituye una afirmación dogmática, pues lo cierto es que la acción para reclamar los daños y perjuicios derivados de la detención no pudo comenzar a correr mientras no se hizo lugar al *habeas corpus* que declaró la ilegitimidad de la detención"<sup>132</sup>.

El Código Procesal Civil del Perú, en cambio, parece no exigir este presupuesto. En efecto, el artículo 517 dispone: "La sentencia que declara fundada la demanda sólo tiene efectos patrimoniales. En ningún caso afecta la validez de la resolución que produjo el agravio". Insisto en que esta solución genera problemas insuperables, desde que es ilógico afirmar que un juez ha actuado con dolo, culpa inexcusable (incluso presumida por la ley) y, al mismo tiempo, mantener vigente una decisión que el ordenamiento consagra como lo justo para el caso concreto. La ley ha sembrado inseguridad jurídica y la acción de responsabilidad civil contra el juez se ha convertido en un recurso contra una decisión firme.

<sup>129</sup> CSJN, 19-X-1993, "Balda, M. c/Provincia de Bs. As.", *Doc. Jud.*, 1996-I-993, J.A., 1996-III-155 y L.L., 1996-B-311, con nota aprobatoria de Bustamante Alaña, "Responsabilidad del Estado por error judicial".

<sup>130</sup> Trib. Supremo de España, Sala 1ª, 1ª III-1996, *Revista General de Derecho*, año LIII, nro. 628/629, Valencia, enero-febrero 1997, pág. 342, con nota de María Luisa Alcázar Navarro.

<sup>131</sup> CSJN, 19-X-1993, "Balda, M. c/Provincia de Bs. As.", *Doc. Jud.*, 1996-I-993, J.A., 1996-III-155 y L.L., 1996-B-311, con nota aprobatoria de Bustamante Alaña, "Responsabilidad del Estado por error judicial".

<sup>132</sup> CSJN, 14-VI-1988, "Vignone c/Estado Nacional", *Fañón*, 311:3008, L.L., 1988-E-225, R.D. 129-331.

### b) La existencia de recursos

El remedio legal inmediato para el perjuicio que un juez causa con sus resoluciones está en los recursos procesales que la parte agraviada puede deducir en contra de ellas. De allí que como principio, para que quede expedita la acción, es necesario que el damnificado haya hecho uso de los recursos legales<sup>137</sup>; esta es la jurisprudencia del Supremo Tribunal de España<sup>138</sup> que, en mi opinión, en algunos casos ha llevado demasiado lejos la exigencia al entender que dentro de los recursos previstos en el ordenamiento se encuentra el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, obligando al perjudicado a agotar también esta vía absolutamente extraordinaria<sup>139</sup>.

La solución española se funda en el artículo 806 de la Ley de Enjuiciamiento que dice: "No podrá entablar el juicio de responsabilidad civil el que no haya utilizado a su tiempo los recursos legales contra la sentencia, auto o providencia en que se suponga causado el agravio, o no hubiere reclamado oportunamente durante el juicio, pudiendo hacerlo".

La finalidad del requisito es evidente: "Dado que el ordenamiento establece un sistema de impugnaciones de las resoluciones judiciales, es lógico que se imponga a quien se considere perjudicado, la obligación de intentar que se evite el daño mediante los procedimientos normales previstos al efecto. La falibilidad es inherente a toda empresa humana y, con mayor motivo, a algo tan complejo como administrar justicia"<sup>140</sup>.

Por eso, no cabe una interpretación rigurosa del artículo; lo que se requiere es la diligencia procesal, en el sentido de haber intentado evitar el daño durante el proceso; consecuentemente, no se exige interponer recursos que se sabe no serán procedentes o que dilatarán aún más el proceso<sup>141</sup>.

<sup>137</sup> Cám. Nac. Fed., Sala I, Civ. y Com., 13-XI-1976, "Cazaova o Gobierno Nacional", E.D., 71-329; conf. voto mayoritario Cám. Apel. en lo Civil y Comercial de Junín, 12-VIII-1983, *Revista de Jurisprudencia Provincial*, año 4, nro. 1, febrero 1984, pág. 29, J.A., 1994-1-297 y E.D., 184-843, con nota de Bidart Campa, Germán, "Responsabilidad del Estado por la sustanciación de los procesos penales terror judicial y privación de libertad".

<sup>138</sup> Trib. Supremo de España, Sala I, 1-III-1966, *Revista General de Derecho*, año LIII, nro. 628-629, Valencia, enero-febrero 1967, pág. 242, con nota de María Luisa Añón Navarro.

<sup>139</sup> 826 Sales, José, "Responsabilidad patrimonial del Estado por el anormal funcionamiento de la administración de justicia y por error judicial", *Revista General de Derecho*, año LII, nro. 613-614, Valencia, noviembre 1985, pág. 11.239.

<sup>140</sup> Díez-Picazo, I., *op. cit.*, pág. 70. El requisito ha sido exigido en la jurisprudencia nacional para otros supuestos de responsabilidad estatal por actos judiciales (Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, 3-III-1992, "Pizzolato, Juan o Gobierno Nacional", J.A., 1992-III-297. Se reclamaban daños y perjuicios preventivos de una declaración de quiebra fraudulenta); también para la responsabilidad por prisión preventiva y absolución ulterior (Cám. Nac. Fed. Cont. Adm., Sala III, 11-VIII-1992, "Ferrari, Alfredo y otros o Estado Nacional", L.E., 1993-A-484).

<sup>141</sup> Conf. Díez-Picazo, I., *op. cit.*, pág. 71.

Aún más, a veces, las continuas peticiones de libertad provisional, unidas a otras (recausación de jueces, traslado de actuaciones, etc.) son las que provocan las dilaciones indebidas del proceso, configurando, ellas mismas, una eximente de la responsabilidad estatal. Es lo que resolvió el T.E.D.H. en el caso "Ringeisen"<sup>142</sup>.

En Argentina, también hay cierto acuerdo doctrinal y jurisprudencial en el sentido que, como regla, la acción es improcedente, si no se han agotado los recursos contra la decisión errónea<sup>143</sup>. En estos casos, la causa adecuada del daño se encuentra en la culpa de la víctima.

En igual sentido, el artículo 513 del Código Procesal Civil de Perú de 1993 dispone: "La demanda sólo puede interponerse luego de agotados los medios impugnatorios previstos en la ley contra la resolución que causa daño".

*c) Revocación de la decisión errónea. Presupuesto necesario pero no exclusivo. Factor subjetivo de atribución*

La Corte Federal argentina ha resuelto que "la mera revocación o anulación de la resolución judicial no otorga derecho a la indemnización; es menester acreditar cuál es la falta de servicio imputado a los órganos estatales, individualizando las circunstancias del caso que indican que el ejercicio ha sido irregular". Con este argumento rechazó la demanda interpuesta por una persona que, en razón de la orden judicial dictada a petición de la Aduana en un proceso de contrabando, no había podido usar la maquinaria objeto de la cautela<sup>144</sup>.

Hay casos de responsabilidad del Estado que dejarán inmune al magistrado: por ejemplo, el retraso injustificado en la resolución de los expedientes debido a la falta de medios físicos o materiales, podrá ser imputado al Estado, pero no al magistrado competente para resolver la controversia, en tanto éste haya hecho conocer la imposibilidad o dificultad a las autoridades competentes para solucionar en debida forma el impedimento<sup>145</sup>.

La responsabilidad del juez, como se ha visto para el derecho italiano y español, exige culpa y ésta, como reiteradamente he dicho, debe ser

<sup>142</sup> Citado por Díez-Picazo, L., *op. cit.*, pág. 109.

<sup>143</sup> TSJ Córdoba, "Rancietti c/R. V. de M.", resumen en *Foro de Córdoba*, año III, nro. 13, 1992, pág. 127.

<sup>144</sup> CSJN, 12-X-1994, "Raman c/Estado Nacional", J.A. 1995-I-303 y L.L. 1995-B-437, con nota apertorista de Bustamante Abana, Jorge, "La responsabilidad del Estado en el ámbito de su actividad jurisdiccional".

<sup>145</sup> Tassi, Guido S., *La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el Mal Funcionamiento de la Administración de Justicia*, *cit.*, 1993, pág. 139.

valuada conforme a las circunstancias, entre las cuales debe necesariamente computarse, entre otras razones, que la ley ofrece un marco de posibilidades interpretativas, que la prueba de los hechos no siempre presenta la claridad deseable y que las facultades legalmente otorgadas a los jueces no siempre son suficientes para evitar errores de todo tipo<sup>146</sup>.

El artículo 509 del Código Procesal Civil de Perú de 1993 dispone que el juez responde cuando causa daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca.

La conducta es dolosa si el juez "incurre en falsedad o fraude o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia". El juez incurre en culpa inexcusable cuando "comete un grave error de derecho, hace interpretación insostenible de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado".

La ley peruana no se detiene en estos conceptos de gran latitud; el artículo siguiente da varios pasos adelante sobre la legislación comparada y —llamativamente— establece presunciones de dolo o culpa inexcusable cuando: "1. La resolución contraria su propio criterio sustentado anteriormente en causa similar, salvo que motive los fundamentos del cambio. 2. Resuelve en discrepancia con la opinión del Ministerio Público o en discordia, según sea el caso, en temas sobre los que existe jurisprudencia obligatoria o uniforme o en base a fundamentos insostenibles". No deja de sorprender que el juez esté obligado a seguir la opinión del Ministerio Público si no quiere correr el riesgo de que se afirme que sus fundamentos para apartarse del dictamen son insostenibles. Desconozco qué experiencias judiciales vividas en el pasado pueden dar base a esta solución; lo único cierto es su gran originalidad, que como es sabido, en materia legislativa no siempre es de signo positivo.

Las demandas contra los jueces han sido, hasta ahora, muy escasas en Argentina. Incluso, en los juicios por responsabilidad del Estado por los errores judiciales, una importante tendencia jurisprudencial afirma que no corresponde citar al juez interviniente, sin perjuicio de las acciones recursorias que el Estado pueda iniciar ulteriormente<sup>147</sup>.

Cabe mencionar, como *corra avis*, una demanda iniciada contra la jueza titular del juzgado, que luego se amplió contra el Estado Nacional; en la sentencia no está claro por qué la parte dispositiva condena sólo al

<sup>146</sup> El art. 2° del Código Procesal Civil de Mendoza parece exigir un plus sobre la culpa, pues prevé la responsabilidad del juez por los daños que causare por mal desempeño de sus funciones cuando se demuestre falta de prohibido en el uso de sus facultades, expresión que "se acerca" a la mala fe y, por ende, al dolo.

<sup>147</sup> Cám. Nac. Fed. Cont-Adm., Sala III, 12-IV-1983, "Tribunale Luis «Gobierno Nacional», J.L. 1983 C-497.

Estado, pues todos los razonamientos de los considerandos hacen mención a la actuación arbitraria de la jueza. En el caso, la procedencia de la demanda se funda en que la magistrada actuó caprichosa y arbitrariamente. En efecto, la condenada en costas había depositado los honorarios regulados al perito. Cuando éste solicitó se librara cheque a su orden, la magistrada denegó varias veces su petición, sin fundamentación; en determinado momento, el perito reiteró el pedido de cheque y pidió expresamente que la decisión denegatoria se motivara; al mismo tiempo, planteó revocatoria y apelación en subsidio. En esa etapa, el tribunal, sin decir por qué, cambió de opinión y ordenó librar el cheque. Durante todo el tiempo en que, pese a los reiterados pedidos, se negó a librar los fondos, la moneda depositada se depreció y el tribunal negó derecho a reajuste en contra de los condenados en costas pues-ellos habían depositado en término. El perito inició entonces una acción para ser resarcido de los perjuicios producidos por la actuación arbitraria del tribunal. La demanda fue acogida: "cuando sin causa alguna, ni de hecho ni de derecho, se niega la entrega de un cheque a pesar de que el deudor ha depositado el dinero, y también sin dar explicación se modifica el criterio, y la demora ha producido un daño cierto, debe indemnizarse"<sup>148</sup>.

*d) Otros requisitos: remoción del juez de sus funciones; juicios previos de admisibilidad*

Algunos autores exigen que previamente se remueva al juez. No comparto esta posición; hay supuestos que justifican la responsabilidad civil pero no la remoción<sup>149</sup>.

La ley peruana (art. 512 del Cód. Proc. Civil), dispone que "Antes de proverse la demanda el Ministerio Público emite dictamen sobre la procedibilidad de ésta dentro de diez días de recibida, bajo responsabilidad".

*e) Plazo para interponer la demanda*

Como se ha visto, algunas leyes que regulan la responsabilidad del juez fijan plazos para promover la acción generalmente más breve que los que rigen para otras acciones de responsabilidad civil. En la misma línea que el derecho italiano y el español, el artículo 514 del Código Pro-

<sup>148</sup> Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Contencioso-Administrativo Federal Nro. 4, 12-VIII-1993, "Spagnoletti s/Estado Nacional", E.D., 187-565.

<sup>149</sup> Conf. Arce, Roland, "Responsabilidad de los jueces, del Estado y de los abogados", E.D., 360-744. El llamado "antjuicio" ha dado lugar a críticas, algunas exageradas (véase Claretta Alverdi, Juan Manuel, *Antjuicio e Imputación Judicial: El Caso de los Sentencias Basculantes*, Fuenlabrada, Madrid, 1991). El art. 3º del Código Procesal Civil de Mendoza, Argentina, dispone expresamente que "los perjudicados pueden exigir el resarcimiento sin necesidad de suspensión o remoción previa del inculpaado".

cesal Civil de Perú de 1993 dispone que "la demanda debe interponerse dentro de tres meses contados desde que quedó ejecutoriada la resolución que causó el daño". El momento inicial guarda coherencia con el sistema general de la ley, que parece no exigir la caída de la cosa juzgada. Sin embargo, como he explicado, este modo de regular genera inconvenientes casi insuperables.

#### *6. Un supuesto particular. Las decisiones de los tribunales colegiados*

Si la resolución dictada por culpa, dolo o error inexcusable emana de un tribunal colegiado, no responde el que votó en disidencia, desde que él no causó el daño, no fue autor del acto lesivo.

En el sistema argentino no hay problemas porque la sentencia deja constancia de los votos en disidencia. En Italia, país donde la decisión minoritaria no figura en la sentencia, la disyuntiva era: o se los hacía responsables a todos o a ninguno. La solución fue permitir que se guarde, bajo secreto, el resultado de la votación y se la haga saber cuando se presentan problemas de este tipo. De este modo, la sentencia deja constancia si ha sido dictada por unanimidad o simplemente mayoría y los nombres de los disidentes se guarda bajo reserva.

El artículo 316 del Código Procesal Civil de Perú de 1993 parece no distinguir; dice simplemente que "la obligación de pago de los daños y perjuicios es solidaria entre el Estado y el juez o jueces colegiados que expedieron las resoluciones causantes del agravio". Sin embargo, son aplicables las razones antes expuestas: el juez que vota en disidencia no ha causado el daño; consecuentemente, no debe responder.