

EL DAÑO RESARCIBLE EN LA RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO

PABLO D. RODRÍGUEZ SALTO

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objetivo investigar lo concerniente al daño resarcible en casos de mala praxis abogadil. Para cumplir con este cometido, investigaremos primero el concepto de daño como elemento de la responsabilidad civil. Luego mencionaremos someramente las características que el mismo debe cumplir para ser resarcible. Y finalizaremos el análisis exponiendo qué tipo de daños son resarcibles en supuestos de responsabilidad de abogados, así como algunas sugerencias para determinar su cuantía.

II. CONCEPTO DE DAÑO

Bueres señala que existen varias corrientes para definir al daño: de un lado, están quienes lo definen como *menoscabo a un bien jurídico o a un derecho subjetivo*¹; del otro, se encuentran quienes creen que *hay daño cuando se lesiona un interés* o que el daño debe definirse en vista de *las consecuencias o repercusiones que la acción nociva provoca en el patrimonio o en el espíritu*². De la conjunción de las dos últimas tesis, Bueres

¹ El autor desecha esta primera tesis por entender que "...el derecho no protege bienes en abstracto, sino los bienes en cuanto satisfacen necesidades humanas (intereses)" y que la idea de derecho subjetivo es difusa.

² El autor dice que ambos conceptos tienen algo de razón y se complementan.

define al daño como *la lesión a unos intereses jurídicos patrimoniales o espirituales*^{3 y 4}.

Así las cosas, es necesario que definamos qué se entiende por interés. Pues bien, el interés humano es la facultad de actuar en su esfera propia para satisfacer sus necesidades, a través del goce de los bienes jurídicos⁵.

Esta definición de interés abarca el interés legítimo, como contenido del derecho subjetivo y el interés simple (llamado por algunos "de hecho"); siendo que por interés legítimo debe entenderse *facultad de actuar expresamente reconocida por el ordenamiento jurídico*, y por interés simple *facultad de actuar no expresamente reconocida por el ordenamiento jurídico pero tampoco prohibida*⁶.

Además, los autores consultados coinciden en que el interés simple o de hecho envuelve a los modernamente denominados intereses difusos y colectivos. Nosotros no estamos tan seguros de que, ateniéndonos a la definición de derecho subjetivo que hemos proporcionado, los intereses difusos y colectivos se incluyan en el ámbito de los intereses simples⁷; pero, sea como sea, tal discusión no interesa a nuestros cometidos actuales y nos basta con decir que los intereses difusos o colectivos son intereses humanos susceptibles de ser dañados y reparados.

En síntesis, lo único que no queda dentro del interés humano que puede ser objeto de daño son las facultades de actuar prohibidas por el ordenamiento, el interés ilegítimo⁸. Pero con una aclaración: no nos referimos a facultades expresamente prohibidas por ley formal, sino que involucramos a aquellas prohibidas por ley en sentido material, e incluso a aquellas facultades cuya reprobación legal surge implícita del ordenamiento jurídico

³ BUERES, Alberto, "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", en obra colectiva *Responsabilidad por daños en homenaje a Mosset Iturraspe*, t. I, ps. 165/7. En consonancia con esta idea, STIGLITZ, Gabriel - ECHEVESTI, Carlos, lo definen como lesión o menoscabo a un interés patrimonial o extrapatrimonial, acaecido como consecuencia de una acción ("El daño resarcible", en BUERES (dir.), *Colección de Responsabilidad Civil*, t. IX, p. 211). También ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, p. 24 y ss.

⁴ En cambio, BUSTAMANTE ALSINA (*Teoría general de la responsabilidad civil*, p. 159) y ORGAZ (*El daño resarcible*, p. 18) hablan del daño como menoscabo de valores económicos patrimoniales o no patrimoniales.

⁵ Cfr. STIGLITZ, Gabriel - ECHEVESTI, Carlos, "El daño resarcible", cit., p. 216.

⁶ Cfr. ZANNONI, Eduardo, *El daño...*, cit., ps. 24 y ss. Advertimos que los vocablos mencionados se están utilizando dentro del ámbito del derecho civil, sin intentar compararlos con lo que sobre ellos se ha dicho en el derecho administrativo y constitucional.

⁷ Sobre todo después de la incorporación hecha por el nuevo art. 43 de la CN.

⁸ En definitiva, esta conclusión se apoya en el principio de clausura contenido en el art. 19 de la CN.

o cuya reprobación es preciso investigar y merituar en cada caso concreto (v.gr., facultades contrarias a las buenas costumbres, al orden público, etcétera).

III. REQUISITOS DEL DAÑO RESARCIBLE

Bustamante Alsina enseña que para que el daño sea resarcible debe ser cierto, subsistente, personal del reclamante y afectar un interés legítimo del damnificado⁹. Veremos qué se entiende por cada uno de estos requisitos y si realmente lo son o qué papel juegan respecto del daño resarcible¹⁰.

a) *Subsistente*: es preciso tener presente, en primer lugar, que la existencia del daño se evalúa al momento de dictar sentencia, salvo algunas excepciones¹¹, por lo que el daño resarcible debe permanecer en dicho momento. Y aquí se hace necesario distinguir las causas por las cuales el daño no subsista: a) si el responsable indemnizó el daño, la obligación de reparar se ha extinguido; b) si el propio damnificado costó la reparación, el daño subsiste en la medida del desembolso¹²; c) si un tercero reparó el daño, el mismo se subroga en los derechos del damnificado, debiendo el responsable pagarle al acreedor subrogado.

b) *Personal*: se enuncia este requisito diciendo que el daño debe ser propio de quien reclama, porque nadie puede pretender ser indemnizado de un daño sufrido por otro¹³.

Orgaz aclara que este requisito no implica que en ciertos casos el daño de terceros no pueda ser invocado como elemento de la propia indemnización de quien reclama. Dice el distinguido autor que a veces el daño, aunque de terceros, constituye a la vez un perjuicio del accionante en razón de una obligación legal o convencional preexistente, y da el ejemplo de la

⁹ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general...*, cit., p. 170.

¹⁰ Deliberadamente dejamos el requisito mencionado en primer lugar (certidumbre) para el final, por entender que es el más complejo y merecedor de mayor atención.

¹¹ Stiglitz-Echevesti señalan los siguientes casos: a) la reparación no pudo hacerse al momento de la causación del daño o en el de la demanda por un hecho imputable al damnificado (en cuyo caso el valor se determina al momento del hecho imputable a la víctima); b) si se acredita que el demandado pudo vender provechosamente la cosa deteriorada antes de la sentencia y no lo hizo (debiendo el deudor abonar el valor del deterioro al momento en que la cosa pudo venderse); y c) si el daño se agravó con el transcurso del tiempo por culpa del damnificado (no computándose el valor del agravamiento). "El daño resarcible", cit., ps. 311/2, quienes agregan que son excepciones discutidas que demuestran el carácter casi absoluto de la regla explicada en el texto.

¹² Obviamente, con más el interés correspondiente.

¹³ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general...*, cit., p. 173.

persona que a raíz de un accidente ve disminuida su capacidad laboral, pudiendo reclamar el importe de los alimentos que debe a su familia durante el tiempo que dure la curación. Asimismo, agrega que el requisito tampoco impide la cesión a terceros del derecho a reclamar la indemnización del daño patrimonial¹⁴.

Por otra parte, Stiglitz y Echevesti, con criterio totalmente compartible, opinan que el presente no es un verdadero requisito del daño resarcible sino que se trata de una cuestión de legitimación derivada del inveterado principio de que “el interés es la medida de las acciones”. Y recalcan que en el ejemplo dado por Orgaz también se trata de un interés propio del reclamante, pues es precisamente él quien debe los alimentos¹⁵.

Zannoni señala que lo anterior se explica porque “...al decir *daño propio*, el acento no debe ponerse, necesariamente, en la *persona* que ha sido víctima del hecho dañoso, sino en el *interés* que ese hecho ha afectado. Lo primero... da lugar a la distinción entre damnificado *directo e indirecto*... Lo segundo —interés propio— no impide que, en algunos casos, puedan invocarse perjuicios que el daño propio ocasiona a terceros”¹⁶. Si el daño, como dijimos, es un menoscabo o una lesión a un interés, el legitimado para reclamar es quien sufre ese menoscabo en un interés propio, aunque la víctima del hecho dañoso sea otro.

Por nuestra parte, agregamos que en el ejemplo mencionado, obviamente el reclamo por parte de quien debe los alimentos obstará al que puedan hacer los parientes damnificados indirectos, pues el principio del enriquecimiento sin causa impide indemnizar dos veces el mismo daño.

c) *Interés legítimo*: aquí utilizamos el adjetivo “legítimo” no en el sentido que le dimos antes, como contenido del derecho subjetivo (siendo este último una facultad expresamente tutelada por el ordenamiento jurídico), sino como contrario a “ilegítimo”. Es decir que el daño no será resarcible cuando provenga del menoscabo a un interés repudiado expresa o implícitamente por el ordenamiento jurídico considerado en su conjunto¹⁷.

¹⁴ ORGAZ, *El daño resarcible*, cit., ps. 79/80.

¹⁵ STIGLITZ, Gabriel - ECHEVESTI, Carlos, “El daño resarcible”, cit., p. 221.

¹⁶ ZANNONI, Eduardo, *El daño...*, cit., p. 45, cursiva en el original.

¹⁷ Dice Zannoni: “...de ninguna norma positiva, *de lege lata*, se desprende que sólo es indemnizable el perjuicio o lesión a un derecho subjetivo o interés legítimo... el daño es menoscabo a todo *interés* que integra la esfera del actuar lícito de la persona, a consecuencia del cual ella sufre la privación de un bien jurídico procurado a través de ese actuar y que, *objetivamente*, es razonable suponer que lo habría mantenido de no acaecer el hecho dañoso” (ZANNONI, Eduardo, *El daño...*, cit., p. 55).

Zannoni sostiene que en el ámbito del simple interés, para que el daño sea resarcible debe ser importante, pues *de minimus non curat praetor*; en la esfera del actuar lícito de las personas en tanto no gocen de un derecho subjetivo, implica siempre un alea, es decir un margen de incertidumbres, de posibilidades, y, como contrapartida, de cargas¹⁸.

Creemos que este criterio no es correcto y puede llevar a dejar sin reparación supuestos en que es socialmente importante que no sea así. "...El daño 'globalmente considerado' (Cappelletti), genera un enorme costo social, que no podría ser removido si por tratarse de intereses simples, se añadiera la exigencia de cierta magnitud del daño para que el mismo sea resarcible (Morello-Stiglitz)"¹⁹. Unos pocos pesos en un consumidor de determinado producto defectuoso pueden no ser importantes, pero cuando se toma en cuenta al conjunto de los usuarios, las cantidades cambian, y los resarcimientos se vuelven necesarios. Quizás no desde el punto de vista de reparar a las víctimas individualmente consideradas, ya que nadie va a ser más rico ni más pobre por tres o cuatro pesos de más o de menos. Pero si se considera al grupo de usuarios como la víctima global, el daño global es importante y la reparación, necesaria.

d) *Cierto*: este requisito es sí el más importante para determinar qué es daño resarcible y qué no lo es. Se contrapone al daño meramente eventual, conjetural o hipotético, del que no hay ninguna seguridad de que pueda ocurrir o no, no resultando por eso resarcible.

No debe confundirse el daño cierto e incierto con el daño actual y futuro. Tanto uno como otro de estos últimos pueden ser ciertos y, en consecuencia, resarcibles. Lo de actual y futuro es una clasificación cronológica que toma en consideración el momento en que se evalúa la existencia y cuantía del daño, esto es, al sentenciar. El daño ya acaecido con anterioridad a la sentencia es actual y el que ciertamente ocurrirá después es futuro.

Lo cierto debe ser *la existencia del daño*, aunque su cuantía pueda ser más o menos indeterminada²⁰. Expresa con suma claridad Zannoni que "la certidumbre del daño —dice Acuña Anzorena— se refiere a su *existencia* y no a su actualidad o su monto". Ello es así porque la actualidad o

¹⁸ ZANNONI, Eduardo, *El daño...*, cit., p. 56.

¹⁹ STIGLITZ, Gabriel - ECHEVESTI, Carlos, "El daño resarcible", cit., p. 228. Si bien los autores razonan desde un punto de vista que considera la inexistencia de acciones colectivas, creemos que la conclusión es aplicable hoy, luego de que la reforma constitucional de 1994 incorporó tales acciones a la mismísima Constitución Nacional.

²⁰ Ya nos referiremos oportunamente a este tema.

futuridad del perjuicio atañe a la determinación del *contenido* del daño y los momentos —o épocas— en que éste se produce”²¹.

La certeza del daño atañe al hecho causal; es ese hecho causal el que proyecta con certeza sus consecuencias necesarias: los daños resarcibles. Aquí entra a jugar la evaluación de la relación de causalidad adecuada entre el hecho y los daños. Si estos últimos se derivan del hecho causal según el curso natural y ordinario de las cosas (consecuencias inmediatas; art. 901, CCiv.) o por la relación del hecho causal con un acontecimiento distinto pero de una manera previsible en abstracto (consecuencias mediatas), se trata de daños ciertos, y por eso resarcibles.

Como enseña Orgaz, la certeza del daño se ve con mayor claridad en el daño emergente y actual. En dicho caso, la certidumbre alcanza no sólo a su existencia sino también a su monto, determinable en una suma aritmética. Cuando se trata de daño emergente pero futuro, también existe certeza en cuanto a su existencia, porque éste es una prolongación inevitable y previsible del hecho causal, pero dicha certeza no alcanza a su monto.

Con respecto al lucro cesante, dice el autor cordobés que el daño es cierto cuando las ganancias frustradas debían lograrse con suficiente probabilidad si no ocurría el hecho ilícito. “No se trata de la mera *posibilidad* de esas ganancias, tampoco de la *seguridad* de que ellas se habrían obtenido, ya que tal certeza no puede lógicamente existir con respecto a ganancias en cierto modo ‘supuestas’... El criterio a aplicar es uno intermedio entre esos dos supuestos, el de la *probabilidad* objetiva, de acuerdo con las circunstancias del caso”²².

IV. PÉRDIDA DE CHANCE

Este rubro del resarcimiento suele tratarse por los autores al explicar el requisito de la certeza del daño, pues tiene con tal aspecto una relación innegable. Hasta podría decirse que la pérdida de chance es el límite entre el daño cierto y el incierto. Si nosotros lo separamos aquí, es por su gran importancia en cuanto al tema central de este trabajo. En efecto, en la mayoría de los casos de mala praxis abogadil el resarcimiento incluye entre sus rubros la pérdida de chance, puesto que difícilmente se pueda asegurar cuál hubiera sido el resultado del pleito que se perdió o que no se entabló a causa de la conducta imputable al abogado.

²¹ ZANNONI, Eduardo, *El daño...*, cit., p. 50, quien agrega que la doctrina y jurisprudencia traducen este requisito como *efectividad* del daño: el daño debe ser real y efectivo.

²² ORGAZ, *El daño resarcible*, cit., ps. 63/4.

Dicho esto, en este acápite nos dedicaremos a exponer las ideas centrales que se han dado al describir la pérdida de chance en general, es decir, para cualquier caso de daños y perjuicios. Lo específico de este rubro respecto de la responsabilidad del abogado lo diremos en un punto posterior, al analizar los diversos conceptos indemnizables en tales situaciones.

Orgaz describe las circunstancias en que se analiza la pérdida de una chance diciendo que se trata de examinar la pérdida de ciertas posibilidades de ganancias o de evitación de un perjuicio. El agente que realiza el acto ilícito interrumpe "...un proceso que podía conducir a favor de otra persona a la obtención de una ganancia o a la evitación de un daño"; los supuestos pueden variar "...desde la mera posibilidad de la ganancia hasta la probabilidad más o menos cierta y fundada... Cuando la posibilidad frustrada era muy general y vaga... ella no es indemnizable como daño material... ya que se trataría de un daño puramente eventual o hipotético. Pero puede corresponder una indemnización en concepto de daño moral... Cuando la posibilidad, en cambio... era bastante fundada —o sea, cuando más que posibilidad era una 'probabilidad' suficiente—, la frustración de ella debe indemnizarla el responsable; pero esa indemnización es de la 'chance' misma, que el juez apreciará en concreto, y no de la ganancia o de la pérdida que era objeto de aquélla... La 'chance'... por su propia naturaleza, es siempre problemática en su realización"²³.

En el párrafo siguiente dice este autor que si la probabilidad era sumamente grande, de modo que indudablemente se hubiera obtenido la ganancia o se hubiera evitado la pérdida de no mediar el acto del responsable, correspondería indemnizarlo como lucro cesante o como daño emergente, respectivamente, y no como pérdida de chance.

Zannoni entiende que es menester distinguir la pérdida de una chance del lucro cesante, y al respecto dice que "...el rubro lucro cesante, indemniza no la pérdida de una mera expectativa o probabilidad de beneficios económicos futuros, sino el daño que supone privar al patrimonio damnificado de la obtención de lucros a los cuales su titular tenía derecho, es decir *título*, al tiempo en que acaece el *eventus damni*"²⁴.

Como se ve, para este distinguido autor la distinción pasa por la existencia o no de un *título* que le hubiera permitido al damnificado obtener

²³ ORGAZ, *El daño resarcible*, cit., ps. 66/7. Nos permitimos transcribir las palabras de este autor porque las mismas han sido utilizadas por la mayoría de la doctrina al tratar este tema y también por la jurisprudencia a la que le toca resolver casos en que se pide el resarcimiento de este rubro. Más abajo volveremos sobre este pasaje y resaltaremos algunas palabras que describen con toda precisión este concepto indemnizatorio.

²⁴ ZANNONI, Eduardo, *El daño...*, cit., p. 74.

una ganancia. Dicho *título* podría ser por ejemplo que una persona "A" transportaba cierta mercadería para entregarla en un plazo determinado (digamos, 10 de junio) a un cliente "B" y es víctima de un acto ilícito por parte de otra persona "C" que le impide la entrega a tiempo y la respectiva frustración de ese contrato de compraventa de mercadería. Aquí el *título* es justamente el contrato que A tenía con B y, por tanto, lo indemnizable no sería una chance sino el lucro cesante.

En este ejemplo, la certeza de la ganancia dejada de percibir es mayor que en el caso de la chance, y esa mayor certeza la da justamente la existencia del título. En cambio, si en el mismo ejemplo A transportaba la mercadería a una sucursal suya para formar un stock, no existe certeza de que la hubiera podido vender en ese determinado día (10 de junio), y entonces el daño indemnizable no sería el lucro cesante (por ausencia del título que dé mayor certeza) sino la pérdida de chance de venderla en ese día²⁵.

Pero por otro lado, nosotros agregamos que la distinción entre la pérdida de chance y el daño emergente quizás transite por el mismo parámetro. En efecto, los autores, al definir el daño emergente y el lucro cesante, dicen que mientras el primero es la pérdida efectivamente sufrida, el segundo es la ganancia o utilidad efectivamente dejada de percibir. Si se acepta, como Zannoni propone, que se distinga la pérdida de chance del lucro cesante por la ausencia o existencia de un título, no habría inconveniente para que este criterio se aplique para diferenciarla de aquélla del daño emergente. No debe olvidarse que el mismo Orgaz, según transcribimos, dice que la chance es la probabilidad de haber obtenido una ganancia o de haber evitado un daño. He aquí, en esta última parte, la descripción correspondiente al daño emergente.

En contra de la extensión del criterio que aquí proponemos, podría decirse que es posible imaginar innumerables ejemplos en los cuales para la reparación del daño emergente no existe título.

Por ejemplo, en un accidente de tránsito en que un automóvil atropella a un peatón sin matarlo, el daño emergente consistiría, entre otras cosas, en los costos médicos de las curaciones, rehabilitación, etc. Y preguntemos, ¿existía título en el peatón antes del accidente al mantenimiento

²⁵ Si se sigue este criterio de diferenciación bien claro basado en la existencia o la ausencia de título para la obtención de determinada ganancia, nos parece que serían criticables, desde el punto de vista conceptual, una enorme cantidad de fallos que bajo la apariencia de lucro cesante sólo indemnizan, en realidad, una pérdida de chance. Bajo este criterio, el lucro cesante adquiere una certeza casi equiparable al daño emergente. En efecto, existiendo un título del cual el damnificado hubiera obtenido una ganancia de \$ 100, y acreditado que la causa de la frustración de ese negocio es el acto ilícito ejecutado por el agente, la indemnización por lucro cesante no podría ser por menos de \$ 100.

de su salud y a la intangibilidad de su patrimonio (ya que se verá obligado a abonar los tratamientos a causa de un hecho ajeno)? ¿Se dirá tal vez que justamente tiene un derecho subjetivo a su integridad personal y a su salud, y un derecho subjetivo de propiedad?

Si la respuesta es que justamente ése es el título, forzoso es decir que en caso de pérdida de chance de evitar un perjuicio (extremo que estamos comparando con el daño emergente) lo que existía era un derecho en expectativa, *una probabilidad, pero no un derecho subjetivo* que surja de cualquier fuente (ley, contrato, etc.).

¿Podríamos decir que la pérdida de chance juega en el ámbito de los otros intereses, aquellos que llamamos simples?

En efecto, es lícito mantener una expectativa o una probabilidad de obtener una ganancia o de evitar un perjuicio, en la medida en que el ordenamiento jurídico considerado en su conjunto no lo prohíba. De modo que si un hecho dañoso lesiona esa expectativa o probabilidad, se habría afectado un interés simple (con el sentido que la doctrina que hemos citado le da a este término).

La indemnización de la pérdida de chance juega, entonces, en el ámbito del interés simple²⁶. Pero esto de ninguna manera quiere decir que cualquier expectativa lícita genera derecho al resarcimiento. Sostener esto implicaría extender los límites de la responsabilidad civil de una manera desmedida, con consecuencias catastróficas. En el punto que sigue se verá que no llegamos a sostener semejante postura.

1. Caracteres de la chance resarcible

Más arriba adelantamos que volveríamos sobre los conceptos vertidos por Orgaz al describir la chance. Y es que pensamos que de las palabras de este autor surgen las características que la chance debe tener para distinguirse del daño meramente eventual, conjetural o hipotético y ser, en consecuencia, resarcible.

Dicho autor señala que el agente que realiza el acto ilícito interrumpe un "...proceso que podía conducir a favor de otra persona a la obtención de una ganancia o a la evitación de un daño..."²⁷. Nos parece que de la palabra "proceso" se puede decir que hace referencia a lo que nosotros hemos

²⁶ De cualquier modo, la conclusión a la que arribamos la adoptamos con la natural reserva que debemos hacer de no haber encontrado doctrina que se exprese categóricamente en este sentido, y pidiendo que se nos disculpe si proponemos algo que ya pudiera haber sido refutado por autores que no hemos consultado.

²⁷ ORGAZ, *El daño resarcible*, cit., loc. cit., énfasis agregado.

descripto como el ámbito propio de la chance: los intereses simples. Aquí no existe un título sino una situación de expectativa, una probabilidad, se trata, en suma, de una circunstancia fáctica que el ordenamiento no tutela expresamente pero que tampoco prohíbe²⁸.

Bien puede entonces llamársela “proceso”, aunque quizás sea más descriptivo hablar de *situación fáctica de legítima expectativa o probabilidad de obtener una ganancia o evitar un perjuicio*, reiterando que por “legítima” entendemos “no prohibida expresa o implícitamente por el ordenamiento jurídico considerado en su conjunto”.

Luego dice Orgaz que los supuestos pueden variar “...desde la mera posibilidad de la ganancia hasta la *probabilidad* más o menos cierta y fundada...”²⁹. Y bien, si tomamos los términos resaltados no como sinónimos sino con un significado levemente diferente, tendremos una idea bastante gráfica de lo que se quiere significar. Proponemos entender por “posibilidad” lo que puede o no suceder, a secas, sin aditamento de mayores o menores grados, y por “probabilidad” lo que si bien puede o no suceder, conlleva un cierto grado de inclinación hacia el sí; no es sólo posible, sino que es probable, existen motivos³⁰ para creer que hay más posibilidades de que ocurra que de que no ocurra³¹.

En síntesis, la chance, para ser resarcible, tiene que constituir una *situación fáctica de legítima expectativa o probabilidad de obtener una ganancia o evitar un perjuicio*, y deben existir motivos que tornen a la posibilidad en probabilidad, fundada y con algún grado de certidumbre. No existe título, pero sí la situación fáctica con las características mencionadas.

2. Cuantificación de la chance

Orgaz dice que lo indemnizable es la chance misma, “...que el juez apreciará en concreto...”³². Para nosotros, con esto se quiere decir que el

²⁸ Recuérdese aquí la alusión al principio de clausura, de raigambre constitucional.

²⁹ ORGAZ, *El daño resarcible*, cit., loc. cit., énfasis agregado.

³⁰ “...Más o menos cierta y fundada...”, decía el maestro Orgaz.

³¹ Según ya transcribiéramos, Orgaz agrega que “Cuando la posibilidad frustrada era muy general y vaga... ella no es indemnizable como daño material... ya que se trataría de un daño puramente eventual o hipotético. Pero puede corresponder una indemnización en concepto de daño moral... Cuando la posibilidad, en cambio... era bastante fundada —o sea, cuando más que posibilidad era una ‘probabilidad’ suficiente—, la frustración de ella debe indemnizarla el responsable” (ORGAZ, *El daño resarcible*, cit., loc. cit.).

³² ORGAZ, *El daño resarcible*, cit., loc. cit., énfasis agregado.

juez deberá merituar las circunstancias del caso para evaluar si existió o no la probabilidad (ese “algo más que posibilidad”) y, en caso de concluir que existió, corresponderá entonces investigar cuál era el grado de esa probabilidad.

En este sentido, nos plegamos a la propuesta de Pettis, que, al tratar el tema, propone la realización de dos pasos mentales. En primer lugar, se debe preguntar “...si realmente existió una chance o probabilidad más o menos fundada de obtener el resultado esperado”. Y, en segundo lugar, sólo en caso de responder afirmativamente al interrogante anterior, “...podrá analizarse el probable beneficio que el titular de la chance esperaba obtener...”, siendo que “...el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad”³³.

Por supuesto que determinar el grado de probabilidad no es tarea sencilla y reina en ello cierta cuota de discrecionalidad judicial, similar a la empleada al determinar el monto del daño moral. Pero se han propuesto algunos parámetros a tener en cuenta para tal tarea, los cuales se sintetizan en que la apreciación debe hacerse en concreto, teniendo en cuenta las especiales circunstancias de cada caso, pues el grado de probabilidad varía de un caso a otro.

Lo que sí propiciamos es que a la hora de realizar esta labor, el juez no se limite a mencionar elípticamente que se fundamenta en las circunstancias particulares del caso, sino que debe describir cuáles son las circunstancias que lo llevan a determinar que la probabilidad era mayor o menor. Sólo de este modo se dictará una sentencia motivada, que por eso permitirá que el vencido pueda ejercer su derecho de defensa atacando los fundamentos que en ella se hubieran dado. Lo contrario constituiría una arbitrariedad fundada sólo en la voluntad del juez, contrariando elementales principios republicanos que imponen la motivación de los actos del Estado.

En igual sentido han expresado López Mesa y Trigo Represas que “...desde la óptica que se lo mire, la cuantificación del daño es un acto de discrecionalidad judicial; aunque, en nuestra opinión, de discrecionalidad relativa”³⁴. Estos mismos autores proponen ciertas pautas que debe cumplir el juez para que su decisión sea discrecional y no arbitraria. El primero de dichos parámetros es justamente el que nos ocupa ahora.

Se trata de la *obligación de fundamentar la cuantificación efectuada*. Se cita aquí un fallo de la Corte Suprema en el que se “...juzgó en este sen-

³³ PETTIS, Christian R., “El presupuesto del daño en la mala praxis de abogados y procuradores. Cuestiones relacionadas con su determinación y cuantificación”, LL 2001-D-940.

³⁴ LÓPEZ MESA, Marcelo J. - TRIGO REPRESAS, Félix A., *Responsabilidad civil de los profesionales*, p. 742.

tido que el ejercicio de una facultad discrecional por parte de los magistrados no constituye eximente del deber que tienen los mismos de fundar su pronunciamiento; por lo que resulta descalificable como acto jurisdiccional inválido el pronunciamiento que, sin haber dado razones plausibles, fijó en sumas ínfimas la reparación por daño moral derivada del fallecimiento de la víctima”³⁵.

V. DAÑOS RESARCIBLES EN CASOS DE MALA PRAXIS DE ABOGADOS

Sentadas las pautas generales anteriores, nos abocaremos ahora a examinar cuáles son los conceptos indemnizatorios resarcibles en los casos mencionados en el título de este acápite. Para ello vamos a utilizar una metodología propia, basada en lo que consideramos anteriormente al distinguir entre daño emergente y lucro cesante, por un lado, y pérdida de chance, por el otro. Y además de estos casos, examinaremos someramente otros supuestos que han tratado la doctrina y la jurisprudencia.

1. Daño moratorio

Sabido es que los procesos judiciales conllevan períodos de tiempo más o menos determinados, temporalidad que depende de factores varios, muchos de los cuales son completamente ajenos a la actividad del abogado. Cuando el retardo se debe a factores externos al accionar del abogado, como el abarrotamiento de expedientes en trámite o la precaria estructura edilicia con que cuenta el poder judicial³⁶, es obvio que no se puede responsabilizar al abogado, y ello por la sencilla razón de que falta uno de los requisitos de la mora. Existe el retardo en el tiempo pero éste no resulta imputable al deudor (abogado, en nuestro caso).

Pero pueden darse situaciones en que la demora en la resolución del asunto sea causada por la actividad profesional. Pettis ejemplifica con los casos en que el abogado o procurador “...insiste con planteos inconducentes o manifiestamente equivocados, o que no solicita al tribunal aquellas medidas que derechamente conducirían a la finalización del litigio, o que,

³⁵ LÓPEZ MESA, Marcelo J. - TRIGO REPESAS, Félix A., *Responsabilidad civil...*, cit., p. 742, quienes citan el fallo de la Corte Sup. *in re* “L., E. A. y otros v. Nestlé SA”, publicado en DT 1997-B-1991. Si bien el fallo se refiere al resarcimiento del daño moral, la doctrina coincide en que la facultad de apreciación judicial del daño es similar en el caso del daño moral al de la pérdida de chance. En este sentido se expresan los autores citados en esta nota, ps. 740/1.

³⁶ Ejemplos que da PETTIS, Christian R., “El presupuesto del daño...”, cit., p. 944.

sin un motivo que lo justifique y, obviamente, sin llegar a los supuestos que podrían dar lugar a que se decreta la caducidad de la instancia, deja transcurrir largos períodos de tiempo sin activar el procedimiento”³⁷.

Debe tenerse en cuenta que aquí no interesa que el resultado final perseguido se pueda llegar a alcanzar igualmente. O sea, que pese al retardo imputable al abogado, el juicio no se pierda por esa circunstancia. Lo que debe tenerse en cuenta es que el interés del acreedor consiste en que el deudor no sólo cumpla con su obligación, sino que lo haga en tiempo oportuno (en el caso, lo más pronto posible)³⁸.

De modo que si por el retardo imputable al abogado o procurador surgiera un daño al cliente, el primero debería indemnizarlo.

La indemnización del daño moratorio podrá acompañar a la pretensión de cumplimiento de la obligación³⁹ o podrá entablarse con carácter autónomo, aun cuando la obligación se hubiese cumplido por parte del abogado. Para esto último es preciso que cuando el cliente pague por los servicios que este último le presta haga reserva expresa sobre tal daño moratorio (arts. 525 y 918, y doctrina del art. 624).

La jurisprudencia ha tenido ocasión de expresarse sobre este rubro. Y así se ha dicho que “Resulta responsable por el daño moral ocasionado a sus mandantes, el abogado al que le fue encomendado un juicio derivado de accidente de tránsito y presentó la demanda civil luego de transcurrido un año de la sentencia dictada en sede penal, toda vez que los clientes son acreedores a su respecto de una actividad pronta, a fin de procurar un menor dispendio de tiempo (del voto del doctor Cosentini)” y que “Corresponde responsabilizar al abogado al que sus mandantes encomendaron la iniciación de una acción por daños y perjuicios derivada de un accidente de tránsito, pues no ha sido diligente con la obligación asumida en tanto demoró

³⁷ PETTIS, Christian R., “El presupuesto del daño...”, cit., p. 944.

³⁸ Así, en el art. 625 del CCiv. se dispone que “el obligado a hacer, o a prestar algún servicio, debe ejecutar el hecho *en tiempo propio*, y del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara” (énfasis agregado).

³⁹ No ignoramos que este supuesto será francamente excepcional, ya que en la mayoría de los casos el cliente optará por revocar el mandato y contratar a otro abogado, sobre todo cuando se vea acuciado por algún plazo procesal o de prescripción. Pero como el supuesto podría darse (aunque más no sea en el gabinete de los ejemplos) sí, verbigracia, se hubiera encomendado a un abogado demandar por cumplimiento de un contrato o por la indemnización derivada de su incumplimiento y el profesional tardara en hacerlo (contando con un plazo de prescripción de 10 años), nosotros lo incorporamos al texto.

En caso de que el incumplimiento sea definitivo, la indemnización del daño compensatorio absorberá al daño moratorio (Cfr. BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general...*, cit., p. 136, núm. 229).

la traba de la litis sin razón, causando un evidente daño moral a sus clientes porque vulneró su confianza (del voto de la doctora Issa)”⁴⁰.

En el caso anterior se concedió indemnización por el rubro daño moral, pero éste derivó del retardo imputable al abogado, por lo que constituye uno de los rubros en que es dable subdividir el daño moratorio.

2. Daño en caso de existencia de título

Se trata aquí de los rubros daño emergente y lucro cesante. Respecto del primero, dice Pettis que en estos casos, jurisprudencialmente minoritarios, “...la certidumbre del daño irá acompañada de idéntica certeza respecto de su valuación y determinación”⁴¹, o sea que la certeza puede predicarse tanto de la existencia como de la cuantía del daño.

Kemelmajer de Carlucci trae como ejemplos los casos del abogado que no deposita en el expediente el dinero proporcionado por su cliente para el pago de la condena, o cuando percibe las sumas debidas a este último y no se las entrega⁴², a los cuales Pettis agrega el supuesto en que el letrado percibe una suma para abonar la tasa de justicia a los efectos de iniciar un pleito y el abogado no la paga⁴³. Este último autor expresa que se daría la misma situación, en general, con “...toda suma que el cliente debió afrontar con motivo del juicio finalmente perdido por una causa imputable al abogado, y que quedan comprendidas dentro del concepto de las costas (v.gr., los honorarios de los distintos profesionales que intervinieron)”⁴⁴.

Agregamos nosotros que también el cliente puede haber incurrido en otras erogaciones “extrajudiciales” como lo abonado a un escribano para apoderar al abogado. También el cliente podría haber realizado gastos para obtener ciertos medios probatorios o informaciones necesarias para iniciar el litigio⁴⁵.

En todas estas hipótesis el daño consistirá en las sumas entregadas o abonadas en concepto de costas. Kemelmajer de Carlucci las califica

⁴⁰ C. Civ. y Com. Jujuy, sala 3ª, 26/10/2004, *in re* “Gurriere, Oscar I. y otra v. P., D. A.”, publicado en LLNOA 2005 (mayo), 663, sumarios.

⁴¹ PETTIS, Christian R., “El presupuesto del daño...”, cit., loc. cit.

⁴² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados por abogados y procuradores”, JA 1993-III-723.

⁴³ PETTIS, Christian R., “El presupuesto del daño...”, cit., p. 941.

⁴⁴ PETTIS, Christian R., “El presupuesto del daño...”, cit., p. 941.

⁴⁵ Pensamos, por ejemplo, en que se hubieran solicitado informes a distintos registros de propiedad, etcétera.

como daño cierto⁴⁶ y agrega que el art. 52 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone que el mandatario deberá indemnizar al poderdante las costas causadas por su exclusiva culpa, siendo ésta declarada judicialmente, y pudiendo el juez declarar la responsabilidad solidaria de mandatario y letrado patrocinante. Dice la jueza de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza que el citado artículo es un medio para "...evitar la interposición de una pretensión resarcitoria *autónoma* tendiente a obtener el reintegro de lo pagado por el mandante; dicho en otros términos, no es menester que el poderdante promueva una demanda por daños a su apoderado (podrá hacerlo, si reclama la indemnización de un daño mayor) ya que el mismo tribunal que falla el pleito, advirtiendo la culpa o negligencia del abogado, puede decidir directamente castigarla haciéndole cargar con las costas ocasionadas"⁴⁷.

En el caso de lo abonado por costas, el título lo constituye justamente la entrega de esas sumas o los pagos efectivamente realizados.

Es necesario remarcar que en determinados supuestos las costas del juicio perdido o frustrado serán la única indemnización resarcible. Sucederá así cuando, por ejemplo, pese a que el juicio finalizó por caducidad de instancia por una causa imputable al abogado (siendo en este caso que su responsabilidad surge de la propia declaración de caducidad por tratarse de una obligación de resultado, la que le impone impulsar oportunamente el proceso), la acción del cliente no se halla prescripta, y por lo tanto puede intentarse un nuevo juicio. Con lo cual no se pierde ninguna chance⁴⁸.

En cuanto al lucro cesante, creemos que será aún menos frecuente que puedan darse casos. Lo importante es puntualizar que deberá existir un título que dé derecho a obtener cierta ganancia y que ésta se deje de percibir debido a la conducta imputable al abogado. También es preciso resaltar que la ganancia dejada de percibir no debería provenir del resultado del juicio que se encomendó al abogado, pues en dicho caso no existiría todavía título y se trataría del resarcimiento de la pérdida de una chance.

⁴⁶ Para nosotros, la autora quiere significar que se trata de un daño bien determinado en cuanto a su monto.

⁴⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Daños causados...", cit., p. 725, donde luego se ocupa de rebatir a quienes entienden que se trata de una facultad judicial inconstitucional por violatoria del debido proceso, recalando la autora citada que no se trata de una acción directa sino de una sanción.

⁴⁸ Cfr. COLOMBO, Leonardo, "Indemnización correspondiente a la pérdida de las probabilidades de obtener éxito en una causa judicial", LL 107-17, punto 4.

3. Daño en caso de inexistencia de título

Según tuvimos oportunidad de ver en la introducción general a este capítulo, el rubro aquí incluido es la pérdida de la chance de obtener una ganancia o de evitar un perjuicio.

Forzoso es decir que en la mayoría de los casos jurisprudenciales que figuran en los repertorios, el daño resarcible involucra la pérdida de la chance. Es que, como escribió Colombo en un comentario a fallo, "...hay probabilidad de ganar un pleito; por descuido... se perime la instancia y la acción queda prescripta; por consiguiente, esa probabilidad desaparece. ¿No se está, entonces, en presencia de un daño eventual, ya que se desconoce y no se podrá conocer nunca si el postrer resultado de la controversia habría sido o no favorable? [...]. Juega en ello el futuro, indudablemente, pero faltará siempre la certeza esencial que debe servir de base a una condena resarcitoria. Es decir... que falta el elemento según el cual la *probabilidad* se convierte en *realidad*. Hay, en tal hipótesis, sólo una 'chance', y la 'chance', por definición, está ligada a la suerte, al azar, como un número de lotería o de ruleta. Y, sin embargo... sin embargo también la 'chance' es algo que puede tener un precio, algo que vale por sí mismo"⁴⁹.

Se ha dicho también que la ciencia del derecho es una ciencia blanda, que sufre constantes mutaciones, y en la cual son sostenidas a la vez opiniones afirmativas y negativas sobre una misma situación⁵⁰. Esta situación le da al proceso judicial una mano de pintura azarosa, una dosis de incertidumbre en cuanto al resultado.

Tal situación, propia de la ciencia jurídica, del ejercicio abogadil y del ejercicio jurisdiccional, ha permitido decir que "...la indemnización, sin embargo, no puede consistir en el importe de la operación no concretada o en el de la suma reclamada en la demanda desestimada, resultados estos que de todas maneras dependían asimismo de otras circunstancias ajenas al profesional, y que ya nunca se podrá saber si se iban o no a producir. Al ser así, el resarcimiento de tales casos ha de consistir más bien en la

⁴⁹ COLOMBO, Leonardo, "Indemnización correspondiente...", cit., nota anterior, las cursivas son del original. Creemos que si bien el distinguido jurista habla de "futuro", hay que distinguir la situación con la que nosotros tratamos al ver la clasificación del daño resarcible. En el comentario de Colombo no se está pensando en el momento de dictar sentencia para decidir qué es pasado y qué es futuro, sino que el punto cronológico está fijado en el momento en que se cristaliza el daño (en el caso, cuando se perimió la instancia). Con el mayor respeto, pensamos que se le da más claridad a la exposición si se habla de ucrónia (vulgarmente: historia de lo que no pasó; según la RAE: Reconstrucción lógica, aplicada a la historia, dando por supuesto acontecimientos no sucedidos, pero que habrían podido suceder).

⁵⁰ Es el "archi-citado" dicho que personifica a la biblioteca, diciendo que la mitad de ella afirma lo que la otra mitad niega.

pérdida de una chance o posibilidad de éxito en las gestiones, cuyo mayor o menor grado de probabilidad dependerá en cada caso de sus especiales circunstancias fácticas”⁵¹.

Es preciso recordar que lo resarcible aquí es la chance perdida, la chance misma, y no el objeto de la chance (lo que se podría haber obtenido). Así, dice con claridad Zavala de González que “Lo resarcible no es el perjuicio mismo, sino la probabilidad de lograrlo, sin que sea posible conocer si ésta se habría realizado: nadie lo sabe, ni lo sabrá jamás, porque el hecho ha detenido en forma definitiva el curso de los acontecimientos donde reposaba la esperanza del afectado. Así, pues, en la chance concurre siempre una cuota de incertidumbre o conjetura”⁵².

“En el suceder fáctico, entre la mera posibilidad y la certidumbre existe una zona intermedia, gris, que es la probabilidad suficiente, que es *más que posibilidad pero menos que la certeza*, situación que se conoce en derecho como chance. [...] En estos supuestos *no puede asegurarse que el beneficio esperado se habría producido, pues el hecho culposos de un tercero ha interrumpido el desarrollo causal* que hubiera desembocado en un resultado, frustrando así la posibilidad de obtenerlo. [...] Lo mismo ocurre en el caso del abogado que deja prescribir la acción o provoca el rechazo de la demanda por no producir prueba, ya que no puede afirmarse categóricamente cuál habría sido el resultado final del pertinente juicio. *La relación de causalidad debe establecerse aquí entre el hecho culposos y la pérdida imputable de la oportunidad o expectativa, ya que ésta constituye per se un daño cierto... como chance malograda*”⁵³.

Según dijimos *ut supra*, en el rubro pérdida de chance es provechoso distinguir entre la “determinación de su existencia” y la “cuantificación de la chance”⁵⁴. Seguidamente nos ocuparemos de estas dos facetas:

3.1. Determinación de su existencia

Al no existir título que dé derecho subjetivo o interés legítimo a la obtención de una ganancia o a la evitación de un perjuicio, la chance cons-

⁵¹ Voto del juez Kiper, compartido por sus colegas de la sala H de la C. Nac. Civ., *in re* “Rissola v. C., D. A.”, publicado en JA 1997-III-8, con cita de TRIGO REPRESAS, Félix A., *Responsabilidad civil...*, cit., p. 68.

⁵² ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, t. II, p. 441.

⁵³ GOLDENBERG, Isidoro H., *Indemnización de daños y perjuicios*, ps. 247/8, énfasis agregado.

⁵⁴ Es la metodología expositiva de PETTIS, Christian R., “El presupuesto del daño...”, cit., a quien seguiremos aquí.

tituye un término medio entre el daño absolutamente cierto y el eventual o hipotético. En el primer caso, la certeza del daño recae tanto sobre su existencia como sobre su cuantía. En el daño eventual, conjetural o hipotético no existe certeza siquiera sobre su existencia, por lo que mal puede haberla sobre su cuantía. En la chance, existe cierta certeza en cuanto a su existencia, diluyéndose bastante tal certeza al versar sobre su cuantía.

En cuanto a la certeza sobre la existencia de la chance, ésta surge, como en todos los daños, de las particulares características fácticas del caso que se analice. El examen debe hacerse *en concreto*. Así, Yzquierdo Tolsada ha dicho que debe hacerse “un juicio sobre el juicio”⁵⁵.

Pettis propone una serie de pautas a ser tenidas en cuenta en esta tarea que nos parecen útiles y orientadoras⁵⁶. En primer lugar propone analizar *si se promovió una causa penal* a raíz de los hechos que dieron lugar al proceso que se frustró o perdió por la negligencia del profesional. Si hubiera existido un proceso penal, por el juego de los arts. 1101 y siguientes del Código Civil, la sentencia condenatoria que hubiere recaído en éste será muy relevante.

En efecto, es sabido que la sentencia penal condenatoria hace cosa juzgada en sede civil en cuanto a la existencia del hecho y en cuanto a la culpa del imputado (art. 1102, CCiv.). Entonces, el abogado al que se le encomendara iniciar un juicio, por ejemplo de daños y perjuicios, contando con una condena penal sobre el hecho del cual derivan los daños, tiene la tarea bastante simplificada. Para probar la existencia del hecho y de la culpa del imputado le basta con solicitar la remisión del expediente penal, y sólo tendrá que preocuparse por demostrar cuáles son los daños que se han producido, el monto de éstos, y la relación de causalidad entre ellos y el hecho ilícito. De modo que la incertidumbre propia del pleito se reduce a esto último y las probabilidades de obtener un resultado positivo se ve que son grandes.

En cuanto a la sentencia penal absolutoria, mucho se ha escrito al respecto, y el tema excede con creces los límites de esta monografía. Reparemos simplemente en que se ha propiciado que el art. 1103 sea interpretado en el sentido de que si el juez penal absolvió porque entendió que no existió el hecho ilícito, el juez civil no podría tenerlo por configurado. Pero si la absolución penal se basó en la falta de culpa del imputado, este pronunciamiento no obliga al juez civil, el que podría tenerla por configu-

⁵⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M., comentario a fallo del Superior Tribunal de España de enero de 1998; citado por LÓPEZ MESA, Marcelo J. - TRIGO REPRESAS, Félix A., *Responsabilidad civil...*, cit., p. 776.

⁵⁶ PETTIS, Christian R., “El presupuesto del daño...”, cit., ps. 941 y ss.

rada a los efectos civiles o, quizás, imputar responsabilidad por un factor objetivo⁵⁷.

Por último, si en sede penal se dictó el sobreseimiento, se han dado distintas soluciones como que tal pronunciamiento no obliga en nada al juez civil (ni en cuanto al hecho ni en cuanto a la culpa) o que si el sobreseimiento se dictó por no contarse con prueba concluyente sobre la existencia del hecho el juez civil no podría tenerlo por configurado.

En definitiva, estas vertientes no hacen a nuestra atención en este momento. A nosotros nos importa más que nada el caso de que exista una condena penal pues, según dijimos, ella le da cierta *facilidad* al abogado en el juicio de daños y perjuicios.

En caso de inexistencia de juicio penal anterior, el juez del proceso civil por mala praxis abogadil (llamémoslo del “juicio 2”, pues el “juicio 1” sería el entablado por o contra el cliente con el patrocinio del letrado que en el juicio 2 es demandado) tendrá que remitirse irremediamente al expediente civil anterior (perteneciente al juicio 1). De allí podrá obtener pruebas que lo convenzan de si existió o no la mala praxis, pero también de las chances con que contaba el actor del juicio 2 para obtener un resultado positivo.

Por ejemplo, si el juicio 1, que luego finalizó por caducidad de instancia, había llegado hasta la etapa probatoria⁵⁸ y se habían producido ciertas pruebas, el juez del juicio 2 deberá apreciar la capacidad probatoria de los medios ya introducidos al primer expediente, en orden a lograr convicción en el juez sobre los hechos controvertidos de ese primer pleito y el sentido de tal convicción.

Quizás sería muy conveniente, para evitar un factor azaroso en la valoración de la chance, que al iniciar el juicio 2 se denunciara la existencia del juicio 1 y se solicitara la radicación del nuevo pleito ante el mismo tribunal. De este modo, el mismo juez que intervino en el juicio primitivo sería quien se expediría sobre la fuerza de convicción de la prueba rendida.

De no aceptarse por razones procesales la radicación propuesta en el párrafo anterior, habría que ingresar a realizar un análisis que resumimos de la siguiente manera:

⁵⁷ Cfr. ALTERINI, Atilio - AMEAL, Oscar - LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 2ª ed. actualizada, ps. 256/8, quienes citan como aplicable un fallo plenario de la Cámara Civil recaído *in re* “Amoruso v. Casella”, del 2/4/1946.

⁵⁸ Sabido es que el deber de impulsar el proceso finaliza con el llamamiento de autos para sentencia. Cfr. ARAZI, Roland, *Derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed. actualizada, t. II, ps. 8 y 39/40.

Partiendo de la base de que los daños deben estimarse en cuanto a su existencia y cuantía en cada caso concreto, nosotros proponemos que en el juicio 2 puede ser pertinente investigar la forma en que el juez del juicio 1 aprecia comúnmente los medios probatorios que, en nuestro ejemplo, se alcanzaron a producir. Es decir: será útil alegar y probar sobre casos análogos en que el juez del pleito 1 se ha pronunciado sobre medios probatorios como los que efectivamente se produjeron en dicho primer proceso. Entendemos que estas circunstancias referidas a la valoración que comúnmente hace el juez del juicio 1 sobre los distintos medios probatorios constituirán en el juicio 2 hechos que deben ser alegados y probados por las partes⁵⁹.

Sin embargo, debemos agregar que por el sistema procesal vigente existen otras circunstancias a tener en cuenta que ya no pueden ser consideradas tan en concreto como el ejemplo dado en el párrafo anterior. En efecto, en dicho supuesto partimos de la base de que ya existía un juicio 1 entablado ante un juez determinado (designado por sorteo), y por eso propusimos como factible la investigación de la forma en que dicho juez valoraba las distintas pruebas. Pero no se puede negar que existe la posibilidad de que la sentencia que dicte un juez de primera instancia sea recurrida ante la respectiva cámara de apelaciones. Aquí ya no se cuenta con la posibilidad de investigar la forma de fallar de determinada sala porque, en el ejemplo, todavía no se había llegado a tal instancia. Y entonces nos preguntamos si es posible expresar algunos parámetros a tener en cuenta en tal hipótesis.

Comencemos por despejar los supuestos claros. Supongamos que existiera una doctrina plenaria respecto del tema probatorio de nuestro ejemplo. En ese caso es obvio que no es necesario indagar sobre las posibilidades de haber sido sorteada tal o cual sala de la cámara de apelaciones.

⁵⁹ Para dar mayor claridad a nuestro ejemplo, supóngase que el juez A del juicio 1 se ha pronunciado anteriormente en otros juicios sobre la admisibilidad o no de determinada prueba, o sobre su grado de convicción, etcétera. Nos parece que a las partes les concierne aportar al juicio 2 esas circunstancias y probarlas. Aunque se podría preguntar si las sentencias judiciales dictadas por el juez A en causas similares constituyen o no hechos exentos de prueba. Así dice Arazi que "El hecho notorio es conocido por el juez fuera del proceso; es *el considerado como verdad indiscutible por una colectividad*. Pero no se incluye en la noción del hecho notorio la necesidad de conocimiento por parte de todos los integrantes de una sociedad; sólo debe ser exigido que ese conocimiento se pueda adquirir fuera del proceso mediante elementos (*publicaciones, documentos, etc.*) al alcance de cualquier persona y cuyo contenido nadie ponga en duda" (*Derecho procesal...*, cit., t. I, p. 331, énfasis agregados). Creemos que en el concepto de publicaciones y documentos al alcance de cualquier persona pueden incluirse los repertorios de jurisprudencia disponibles en papel y *online*.

Lo mismo ocurriría si sobre el punto existiera una jurisprudencia de la Corte Suprema suficientemente consolidada⁶⁰.

Pero, además, existen otras situaciones en las cuales la investigación podrá hacerse en concreto. Pensamos, por ejemplo, en todos aquellos juicios que tramiten en jurisdicciones en las cuales la cámara de apelaciones esté conformada por una sola sala.

Y llegamos, finalmente, a los casos en que no exista doctrina plenaria, ni fallos de la Corte Suprema, y que la cámara de apelaciones esté compuesta por más de una sala. Aquí creemos que también se pueden dar algunas pautas valorativas que permitan evaluar la existencia de la chance. Por ejemplo, el grado de coincidencia doctrinaria y/o jurisprudencial sobre el punto en cuestión.

Respecto de las opiniones mayoritarias jurisprudenciales o doctrinarias, deliberadamente evitamos expresarnos sobre cuál de las dos diferentes fuentes de derecho tiene una mayor importancia. Se trata de una cuestión no resuelta en la filosofía del derecho entre quienes creen que los jueces crean derecho y quienes piensan que solamente lo declaran. Sea como sea, y existan los fundamentos que existan a favor y en contra de una u otra posición, creemos innegable que la chance debería considerarse según la posición mayoritaria jurisprudencial. Y esto porque quien inicia un juicio o es demandado por otro dirige su conducta a obtener determinado resultado en sede judicial. Es en sede judicial donde el resultado será positivo o negativo, más allá de lo que diga o deje de decir la doctrina.

Sin embargo, tampoco sería justo ocultar otro elemento importante a la hora de la valoración de la existencia de la chance en el juicio 2. Nos referimos a la propia opinión subjetiva de quien entienda como juez en ese segundo litigio. No es posible negar que este juez valorará la existencia de la chance según su propia perspectiva. Éste es el juez al que en definitiva le toca apreciar si existía o no esa chance, y en esa labor sería necio negar que se verá influenciado por su propia apreciación de la materia que se discutiera en el juicio 1. No obstante, nosotros consideramos que la exis-

⁶⁰ Según el principio del *stare decisis* que la propia Corte se ha encargado de mencionar como aplicable a la doctrina de sus fallos.

No desconocemos que no será habitual encontrar decisorios del máximo tribunal referidos a materia probatoria (de acuerdo a nuestro sistema de acceso a la Corte por recurso extraordinario reglado en la ley 48), pero en vista de que la propia Corte se ha encargado de abrir su jurisdicción en materia probatoria cuando media arbitrariedad, no es desdeñable que pueda haber algún que otro caso.

tencia innegable de estos factores subjetivos no obsta a la importancia de los parámetros bastante objetivos que estamos reseñando^{61 y 62}.

Nos hemos referido hasta el momento a las situaciones en que existía un juicio penal anterior y al caso de que éste no existiera. Volviendo ahora a las ideas de Pettis, este autor opina que "...el análisis de la cuestión no necesariamente deberá agotarse en el material recogido en el expediente⁶³. Piénsese, por ejemplo, en el caso del abogado o mandatario a quien se le imputa la responsabilidad por la pérdida de un juicio en virtud de no haber ofrecido prueba, o por no haber activado oportunamente la citación de un testigo cuya declaración, se asegura, habría cambiado la suerte del litigio. En estas situaciones, obviamente, la prueba en cuestión no se encuentra agregada en el expediente⁶⁴... Pensamos que *en algunos casos será posible ofrecer y producir la prueba omitida en el nuevo proceso seguido por mala praxis del profesional interviniente*, ya que, en definitiva, ése será el único modo de poder evaluar con cierto grado de razonabilidad la *chance* que había de que por su intermedio se revirtiera el resultado desfavorable consagrado en la sentencia"⁶⁵.

⁶¹ Decimos "objetivos" porque las decisiones de los otros jueces, no ajenas, por supuesto, a la propia subjetividad de ellos, nos parece que se "objetivan" cuando ellas adquieren un carácter coincidente y sostenido en el tiempo. No a otra cosa se refieren quienes hablan de que "la jurisprudencia es unánime", "o casi unánime", "mayoritaria", etcétera. La decisión es subjetiva en el origen, y con esto no queremos decir que sea caprichosa, sino que aun ajustándose a la ley, los textos siempre, absolutamente siempre, dan cabida a interpretaciones disímiles en mayor o menor grado. Con este alcance, entonces, las decisiones judiciales, subjetivas en el origen, se objetivan una vez que ya están tomadas.

⁶² Por otro lado, la subjetividad es, por definición, una característica de la condición humana, y si por tal circunstancia se resignara el examen de parámetros objetivos, todo anhelo de seguridad jurídica se hallaría condenado al fracaso.

⁶³ Cuando vimos el caso de inexistencia de causa penal anterior, dijimos que el juez del juicio 2 podría recurrir al expediente del juicio 1 para obtener prueba. A esto se refiere el autor.

⁶⁴ Transpolando la idea a nuestro ejemplo, se trataría de la prueba no producida o fracasada en el juicio 1.

⁶⁵ PETTIS, Christian R., "El presupuesto del daño...", cit., p. 942. Agrega este autor que no siempre será posible esto y da el ejemplo de que en el juicio 2 se discutiera la responsabilidad por no haber recurrido oportunamente una sentencia de primera instancia adversa. En ese caso, la cámara de apelaciones hubiera tenido que decidir con los medios probatorios incorporados al proceso 1, y la chance de haberse revocado la sentencia tendría entonces que analizarse con los medios probatorios existentes.

Nos preguntamos qué propiciaría este autor si en el juicio 1 se hubiera propuesto un medio probatorio que el tribunal hubiera desestimado y que oportunamente se hubiera apelado tal decisión. Sabido es que tal recurso se concedería en relación y con efecto diferido, y que, de admitir la cámara el agravio, podría mandar que tal medio probatorio se llevara a

Es una lástima que Pettis, quizás por los límites que se planteara en su muy buen trabajo, no profundizara en esta interesante idea. Por nuestra parte, diremos en su apoyo que la prueba debe versar sobre los hechos conducentes y controvertidos. Y en lo que hemos denominado juicio 2, los hechos conducentes y controvertidos podrían muy bien ser que, de haberse ofrecido o producido determinada prueba, el resultado del pleito hubiera sido otro. En este caso, el juez no podrá apreciar la existencia o no de la chance de ganar el pleito si no cuenta con la prueba producida. O, mejor dicho, si valora la existencia de la chance sin esa prueba, corre el riesgo de estimar que no existe, porque no se está ateniendo a las circunstancias del caso concreto en que le toca intervenir. Estaría estimando una inexistencia en abstracto. Y es obvio que en abstracto todo tira hacia la inexistencia. ¿Cómo estimar que una prueba era decisiva si no se conoce lo que ella hubiera aportado al proceso? Y más aún, si bien nos ocuparemos en el siguiente punto del tema, suponiendo que en abstracto se pensara que existió chance de ganar el pleito, ¿cómo estimar su magnitud?

Pettis finaliza su exposición mencionando otros parámetros objetivos, a algunos de los cuales ya nos hemos referido, a saber: "el derecho aplicable; el estado de la jurisprudencia; en especial la vinculante como los fallos plenarios; el de la doctrina imperante al momento en que se debía dictar la sentencia en el primero de los procesos; la originalidad de la cuestión debatida; etcétera"⁶⁶.

En el párrafo transcripto, creemos de interés detenernos en el aspecto temporal del parámetro "doctrina imperante". Para Pettis, debe tomársela en cuenta al momento en que se debió pronunciar el fallo cuyo dictado se frustró o que fue adverso. Creemos que el autor tiene razón en esto, y lo que hace no es otra cosa que reafirmar que la valoración de la existencia de la chance debe hacerse *en concreto*, y esto implica *en el momento en que ocurrieron los hechos*. Es así porque la chance se tenía o no se tenía en ese momento, no antes ni después.

Dos cosas nos restan decir sobre esto último. Por un lado, que este aspecto temporal nos parece aplicable a todos los parámetros objetivos que se mencionan en el párrafo de Pettis. Y la segunda cuestión es bien interesante: ¿qué decidir si hubo un cambio de legislación o de jurisprudencia plenaria entre el momento en que la chance se frustró y en el que el juez del juicio 2 debe valorar su existencia?

cabo. O, en otra hipótesis, la cámara podría optar por ordenar la producción de prueba de oficio.

⁶⁶ PETTIS, Christian R., "El presupuesto del daño...", cit., loc. cit. Kemelmajer de Carlucci habla de "la existencia de causas parecidas" ("Daños causados...", cit., p. 724).

Sobre esto último hay que hacer algunas precisiones. En primer lugar, por “momento en que la chance se frustró” debe entenderse no el tiempo en que puede haber caducado la instancia, o el derecho a producir determinada prueba, etcétera. Sino, antes bien, se debe situar en el momento en que se hubiera dictado la sentencia que se frustró o cuyo resultado fue adverso (sea de primera como de segunda instancia, pues abarcamos aquí todos los casos posibles de negligencia profesional del abogado —incluyendo la no-interposición de un recurso pertinente—). Si dicha sentencia razonablemente se hubiere dictado después de operado el cambio jurisprudencial o legislativo, nos parece que la solución debe ser la valoración de la chance a la luz de esos cambios⁶⁷.

Pero, ¿y si esa sentencia hubiera tenido que dictarse antes de dicho cambio⁶⁸? ¿Se valorará la existencia de la chance de acuerdo con la jurisprudencia y legislación vigentes en aquel momento o en el de fallar el juez de la causa 2? Incluso más, extrememos nuestro ejemplo y supongamos que al momento del proceso 1 la ley decía “A” y al momento de la causa 2 dice “no-A”. Pensamos que aquí deben hacerse análisis relacionados con el art. 3º del Código Civil y distinguir si el cambio legislativo se funda en una razón de orden público o no. Si la mutación no obedeciera a motivos de orden público, no tenemos dudas de que debería prevalecer el criterio de la valoración en concreto, al tiempo en que debió dictarse la primera decisión judicial.

Pero en el segundo caso se nos presentan más dudas. Nos vienen a la mente aquí aforismos del tono de que “nadie tiene un derecho irrevocablemente adquirido al no cambio de la ley”. Pero preguntemos, ¿la chance se tenía o no se tenía? Si en aquel primer momento la ley decía “A” y el juicio entablado entonces perseguía la tutela bajo esa norma, la chance existía, era una chance, era una probabilidad de obtener dicha tutela que se frustró por culpa del abogado.

Pero, recuérdese, el cambio legislativo obedeció a razones de orden público. En otras palabras, el cliente tenía una chance de obtener algo que ahora aparece como contrario al orden público.

⁶⁷ Dejando a salvo situaciones especiales como que la nueva ley postergara su entrada en vigor para un tiempo en que razonablemente la sentencia hipotética ya hubiera sido dictada.

⁶⁸ Recuérdese aquí que como la relación entre cliente y abogado es contractual, la acción indemnizatoria tendrá un plazo de prescripción de diez años, tiempo bastante para que se produzcan varios cambios de criterios legislativos o jurisprudenciales. Máxime teniendo en cuenta la “volatilidad”, sobre todo legislativa, reinante en nuestro país.

Se nos ocurre que puede ser útil recordar cuanto dijimos sobre el ámbito de aplicación de la chance. Nosotros explicamos que este rubro juega en el ámbito de los intereses simples, porque se trata de una expectativa lícita de obtener una ganancia o de evitar un perjuicio. Desde aquí podría preguntarse: ¿se tenía un derecho subjetivo? La respuesta es que no. Pero del otro lado podría replicarse que no se alcanzó a tenerlo por culpa del abogado.

Sin embargo, es preciso recordar también que si bien el abogado realizó una conducta ilícita, ella no lesionó un derecho subjetivo, sino una expectativa lícita, porque en realidad nunca podrá saberse con toda seguridad cuál hubiese sido la sentencia a dictarse en aquel primer proceso. De lograrse tal certidumbre, no hay problema, pero tampoco habría chance indemnizable sino daño emergente o lucro cesante, y entonces sería claro que la ley posterior no podría afectar tales rubros, so pena de incumplir con la parte final del nuevo art. 3° del Código Civil⁶⁹.

¿Qué decidir en el caso de la chance?

Consideramos como una de las mayores virtudes humanas a la humildad en todos sus aspectos, incluido el intelectual. Por eso, amén de los otros errores en que podamos haber incurrido en otras partes de este trabajo, nos declaramos incapaces de arrimar otros argumentos sobre este tema. No nos agrada contentarnos con haberlo planteado, pero preferimos no hablar más allá de nuestros alcances intelectuales.

Por último, antes de pasar a exponer el aspecto jurisprudencial de la valoración de la existencia o no de la chance, creemos necesaria una aclaración. En este párrafo nos hemos movido principalmente con un ejemplo según el cual la falta cometida por el abogado obedecía a la falta de proposición o a la pérdida del derecho de producir determinado medio probatorio. Es obvio que existen muchos otros ejemplos y que los parámetros objetivos de los que hemos hablado⁷⁰ merecerán consideraciones particulares según cuál sea el motivo de insatisfacción del cliente. Si no nos internamos a tratarlos, es para evitar tornarnos excesivamente tediosos y por entender que lo principal ya se ha expuesto, a saber: cuáles son algunos parámetros a tener en cuenta.

Dicho esto, pasaremos revista a algunas decisiones jurisprudenciales en las cuales, al tratar sobre la existencia o no de la chance, se ha recurrido a parámetros objetivos y se ha realizado una valoración en concreto.

⁶⁹ Sabido es que entre los derechos amparados por garantías constitucionales que dicha norma menciona, innegablemente debe incluirse el derecho de propiedad.

⁷⁰ Acoplándonos en buena medida a las ideas de Pettis.

López Mesa y Trigo Represas señalan que recientemente en Francia se resolvió que "...la noción de *alea* comanda la evaluación de la pérdida de *chance*. Así, el triunfo en un pleito es un evento aleatorio, la culpa de un abogado relativa al entablamiento o al desarrollo de un proceso no puede significar más que la pérdida de la *chance* de ganar ese juicio... Los jueces deben investigar el porcentaje de *chance* de éxito de ese proceso, y aplicar ese porcentaje a la condenación total para obtener el monto de la pérdida de *chance* que el abogado deberá abonar a su cliente"⁷¹.

En un fallo vernáculo reciente se dijo que para la valuación de la indemnización por pérdida de *chance* (en el caso, el juicio primitivo había finalizado por caducidad de instancia) debe realizarse un cálculo de probabilidades que se tenían de ganar el pleito, teniendo en cuenta el estado del expediente al tiempo de la perención, la evolución de la jurisprudencia, la legislación aplicable y la complejidad de la cuestión debatida⁷².

La C. Civ. y Com. y Min. de San Juan, sala 2ª, tuvo oportunidad de decir que habrá que recrear en la demanda contra el profesional una versión del juicio perdido para demostrarle al juez del nuevo proceso que sin la negligencia del abogado el caso se hubiese ganado, o que existían grandes posibilidades de ganarlo, y que, asimismo, esa recreación sería útil para determinar el monto indemnizatorio⁷³.

En un caso de febrero de este año se consideró que las probabilidades de éxito que tenía el cliente en el juicio perimido eran muy débiles. El juicio perimido se motivaba en un accidente de tránsito. El tribunal tuvo en cuenta que de la causa penal anterior a dicho juicio surgía de forma probable la "corresponsabilidad" del actor por su exceso de velocidad, haber reconocido que manejaba distraído y que el choque se produjo en la contramano de la ruta por la cual circulaba. Asimismo, se tuvo en cuenta la situación económica de quienes hubieran sido los responsables en el juicio perimido. Se consideró que ellos no poseían bienes, que el vehículo que conducía el supuesto causante del accidente no estaba a su nombre y que no se hallaba asegurado. De esto último se derivó que existían pocas

⁷¹ Corte de Casación francesa, 1ª C. Civil, 9/4/2002, "Minart v. CRAMIF", LÓPEZ MESA, Marcelo J. - TRIGO REPRESAS, Félix A., *Responsabilidad civil...*, cit., ps. 774/5. Véase allí la reseña de una interesante discusión doctrinaria que se da en Francia en torno a distinguir juicios en que sólo se requiere una actuación judicial meramente declarativa, correspondiendo para algunos que se indemnice al cliente lo mismo que se reclamaba en el juicio primitivo.

⁷² C. Nac. Civ., sala K, 26/3/2003, *in re* "Vitale, Roberto Juan v. V., A. H.", LL 2003-D-409, citado en LÓPEZ MESA, Marcelo J. - TRIGO REPRESAS, Félix A., *Responsabilidad civil...*, cit., p. 776.

⁷³ Fallo recaído *in re* "de Quiroga v. Sánchez Bustos", publicado en JA 1994-I-196.

posibilidades de ejecutar una eventual sentencia positiva, y eso se tuvo en cuenta al momento de valorar la magnitud de la chance⁷⁴.

La sala D del mismo tribunal expresó que: “La indemnización originada en el incumplimiento contractual en el que habría incurrido el letrado al perimirse el proceso que llevara adelante —en el caso, se le encomendó una acción de daños y perjuicios derivada de un accidente de tránsito— no está identificada con el eventual beneficio perdido sino con la pérdida de “chance”, la que debe apreciarse con el mayor o menor grado de posibilidad de convertirse en cierta; en consecuencia no corresponde que se analicen los rubros frustrados tal como si se estuviera ante la pretensión de origen, mas sí cabe considerarla pues a mayor certeza en punto a los daños cuya reparación se ha visto frustrada mayor la pérdida de ‘chance’ experimentada”⁷⁵.

Por su parte, la sala M ha señalado que “...cuando se repara la pérdida de chance en estos casos, no es el logro total que se hubiera obtenido en el supuesto de ganar el pleito, sino un importe más o menos aproximado, según las perspectivas en pro o en contra que se tengan *en cada caso, de acuerdo a la valoración prudencial que debe efectuar el juez*”⁷⁶.

⁷⁴ C. Nac. Civ., sala B, *in re* “Ragno, Oscar Adolfo v. Larrañaga, Carlos Alberto s/daños y perjuicios”, de febrero de 2005, publicado en Diario Judicial (www.diariojudicial.com). En igual sentido, se ha tenido en consideración que de las constancias penales surgiría una posible responsabilidad de la víctima del accidente, cuyos padres accionaron luego civilmente, perimiendo este juicio por la inacción del abogado (“M., A. N. y otro v. I., J. D. s/daños y perjuicios”, también de febrero de 2005, publicado en el mismo sitio web). Este último caso presenta la curiosidad de que el abogado era el padrino de la víctima fatal del accidente.

También KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Daños causados...”, cit., p. 724, refiriéndose al caso de que el juicio primitivo se pierda por caducidad de instancia, propicia que hay que tener en cuenta para evaluar la chance las efectivas posibilidades de cobro, “...si el demandado era un insolvente, la omisión del abogado (que causó la pérdida de la acción) no puede ser la fuente mágica que permita encontrar un patrimonio solvente”. Esta autora cita también la recomendación coincidente de las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguro de 1992, que consistió en tener en cuenta la situación económica del demandado en el juicio primitivo para evaluar la extensión del resarcimiento.

⁷⁵ Sentencia del 13/12/2004, *in re* “Burriel, Alfredo H. v. C. de M., G. Y.”, publicada en LL LXIX-50-4 (aclaramos que así figuraba en www.laleyonline.com.ar).

⁷⁶ C. Nac. Civ., sala M, sentencia del 29/11/2004 *in re* “Battagliese, Juan E. v. Etcheverry, Juan C. y otro”, publicado en diario LL del 30/3/2005, p. 7, énfasis agregado. El juicio originario se trataba de una indemnización por accidente de trabajo, y el juez preopinante Dr. Álvarez resaltó que la víctima “...contaba con pruebas que podrían haber resultado favorables, como por ejemplo haber demostrado... [por pericia contable] efectivamente ser empleado de YPF, como así también que padecía una dolencia... Estos datos me bastan para pensar que de haberse producido la pericia médica probablemente la juez laboral habría acogido la demanda”.

En un fallo de la justicia provincial de Córdoba en el cual una persona había otorgado mandato a un abogado para reclamar el cobro de alquileres vencidos contra un inquilino, dejando éste que se prescribiera la acción, se tuvo en cuenta que "...posteriormente las partes de ese juicio arriban a un acuerdo (ver fs. 29/30) donde se reconoce la deuda emergente del contrato de arrendamiento, el que fue debidamente homologado por el tribunal interviniente, poniendo fin al pleito, lo que a todas luces demuestra que iniciada la acción en tiempo y forma, las probabilidades de éxito eran muy grandes"⁷⁷.

Vamos a finalizar⁷⁸ esta breve reseña jurisprudencial con un fallo también muy reciente en el cual el juez preopinante es el distinguido jurista Eduardo Zannoni⁷⁹.

La sentencia fue dictada el 30/3/2005 en autos "Agriniani, Claudio Horacio v. Moroni, Edgardo Luis s/daños y perjuicios"⁸⁰. El actor en este juicio es un médico cirujano plástico que fue demandado en un juicio anterior por mala praxis, resultando condenado en primera instancia. El juicio por mala praxis del abogado que lo defendió se basa en que en aquel primer juicio dicho profesional del derecho omitió presentar el memorial de agra-

⁷⁷ C. Civ. y Com. Córdoba, 7ª, sentencia del 27/5/2004, *in re* "P. P. de P. E. v. C., F. J.", LLC 2004-861. En este fallo, si bien se habla de pérdida de chance, el tribunal condenó al abogado a abonar la suma total de los alquileres no percibidos. Tal decisión se tomó por la consideración que se transcribe en el texto. El tribunal entendió que la certeza del daño era tan grande que correspondía equipararla a un lucro cesante, correspondiendo su resarcimiento íntegro. A nosotros nos parece que, no obstante la presencia de una certeza tan grande, el fallo no menciona las circunstancias económicas del inquilino, que podrían haber incidido sobre la ejecución de una eventual condena. De todos modos, creemos que no lo hace porque el abogado, al defenderse, fue muy parco, y tal vez no alegó esta circunstancia.

⁷⁸ Para consultar una rica y exhaustiva reseña doctrinaria y jurisprudencial remitimos a la ya citada obra de LÓPEZ MESA, Marcelo J. - TRIGO REPRESAS, Félix A., *Responsabilidad civil...*, cit., ps. 772/9.

⁷⁹ Quien, como hemos citado, es autor de un libro específico sobre el daño en la responsabilidad civil.

⁸⁰ C. Nac. Civ., sala F, publicado en www.diariojudicial.com y en Lexis-Nexis (boletín enviado por e-mail). En Diario Judicial aparecen los nombres de las partes, no así en el segundo. Respecto de este tema, nos causa alguna curiosidad constatar que en la mayoría de los fallos que hemos consultado no se publican los nombres de las partes sino sólo las iniciales. No comprendemos el motivo de tal actitud. ¿Será por temor de los editores a eventuales pleitos? En definitiva, en cada caso de responsabilidad civil se está diciendo que alguien fue responsable de la causación de un daño y que, por ende, debe repararlo. No alcanzamos a advertir por qué se publican fallos sobre este tema con los nombres de las partes completos cuando las mismas no son profesionales y no en cambio cuando lo son. Si la razón fuera la camaradería, realmente pensamos que no se justifica.

vios en tiempo oportuno, teniéndose por desierto el recurso de apelación y quedando firme, por consiguiente, la condena a pagar \$ 100.000 entre daños, intereses y costas.

Zannoni expresa, en lo que a nosotros interesa, que "...es forzoso realizar una suerte de *prognosis póstuma* acerca de las posibilidades de revertir exitosamente la condena del juez de primera instancia. Lo cual implica para el juzgador y para este tribunal, en el marco de los agravios, *reanalizar las pruebas colectadas en el juicio primigenio* y preguntarse, en primer lugar, sobre la responsabilidad que el juez de primera instancia tuvo por configurada.

"Digo esto porque si, por hipótesis, se llegara a la conclusión de que tales posibilidades no existían o eran mínimamente esperables, la omisión del letrado no se traduciría en daño resarcible, daño cierto, que es el que determina el deber de responder... Sin desconocer que, aun así, no presentar en término el memorial de agravios reveló, objetivamente, una falta a los deberes que la ley impone al letrado, en tal hipótesis la falta no se habría traducido en frustración, en concreto, de una *chance* indemnizable" (énfasis agregados).

Seguidamente explica que realizar ese análisis del juicio primitivo no importa alterar en manera alguna los efectos de la cosa juzgada que adquirió éste. Y la razón que se da es que la cosa juzgada opera entre partes (en el caso, entre el médico y su paciente).

Dicho lo anterior, el distinguido juez se interna en el análisis de las constancias del caso perdido por el médico y llega a la conclusión de que el juez interviniente había dictado una sentencia errónea, pues había apreciado mal la prueba. Resalta que se había producido una prueba pericial médica a cargo del cuerpo médico forense que concluía en que las secuelas que quedaron en el rostro de la víctima eran absolutamente normales y corregibles con una simple operación. Con esta conclusión coincidía el dictamen del consultor técnico presentado por el médico.

Lo que sucedió fue que el juez interviniente, Dr. Yungano, no sólo es abogado sino también médico. Y según Zannoni él realizó una apreciación desacertada de la prueba pericial con base en sus propios conocimientos científicos, sin aportar elementos atendibles que le permitieran apartarse de ella⁸¹. Para decir esto, Zannoni se apoya en la opinión de procesalistas de la talla de Palacio y en jurisprudencia concordante que indican que

⁸¹ Nótese bien aquí que el Dr. Zannoni no encuentra reparos en analizar la valoración de la prueba producida en el juicio anterior, valoración realizada en aquel momento por el juez interviniente. A tal punto llega este camarista, que incluso señala que tiene a la vista las mismas fotografías que tuvo a la vista el Dr. Yungano y que a él (Zannoni) no le parece que en ellas se vislumbre daño estético alguno que pueda ser atribuido al médico cirujano plástico.

“...aun cuando el dictamen pericial no tenga carácter vinculante para el juez, éste para apartarse de sus conclusiones debe encontrar apoyo en razones serias, objetivamente demostradas o que se infieran de las circunstancias del caso de acuerdo a los hechos comprobados de la causa reveladores de que el dictamen se halla reñido con principios lógicos o máximas de la experiencia o contradice el restante material probatorio objetivamente considerado (arg. art. 477, CPCCN)”⁸².

Luego de estas y otras consideraciones concluye Zannoni: “Por todo lo expuesto entiendo que la oportuna expresión de agravios habría revertido con éxito las consecuencias adversas de la sentencia dictada en su contra”. Y esta premisa le permite sostener luego que “A diferencia de lo resuelto en los precedentes que han abordado los supuestos más frecuentes de incuria profesional, la provocada por la inactividad que conduce a la declaración de caducidad de la instancia en perjuicio del actor, en el presente caso el *daño cierto* está representado por el *monto de lo pagado* en razón del fallo que no pudo ser revisado en la instancia de la alzada por causa imputable al letrado. [...] *En este caso... no se trata de evaluar la chance de obtener el éxito en una causa como actor (hipótesis en la que el alea o incertidumbre que le es inherente recae sobre un beneficio esperado), sino en la chance de revertir, como demandado, la condena de haberse presentado el memorial de agravios en término (es decir, haber evitado un perjuicio patrimonial efectivamente sufrido). El reclamo del actor, en este juicio, equivale, pues, al pago que debió efectuar a su contraria y a los letrados en el juicio primigenio a causa de no haber podido obtener la revocación de la sentencia... lo decidido no nos enfrenta a chances o probabilidades en cuanto a dichos importes, los que fueron satisfechos y traducen el daño equivalente del aquí actor*” (énfasis agregado).

Resulta difícil disentir con el voto del Dr. Zannoni. Su autoridad intelectual y el hecho de que se haya dedicado específicamente al estudio del daño resarcible no son detalles menores. Sin embargo, para ser coherentes

⁸² Agrega el distinguido juez y jurista: “Pero además, es importante dejar aclarado que aunque las reglas de la sana crítica permiten establecer cuándo el examen pericial debe ser estimado o dejado de lado por el tribunal, a los jueces les está vedado sustituir la opinión de los peritos por sus propios conocimientos técnicos, o rechazar la pericia correctamente fundada a la que no cabe oponer pruebas de igual o mejor fuerza de convicción. Cualquiera que sean los conocimientos que pueda tener el juez, éste no puede actuar como perito pues ello significaría incurrir en arbitrariedad (FALCÓN, *Tratado de la prueba*, t. II, 2003, p. 85 y ss., párrafo 429; PALACIO, *La prueba en el proceso penal*, 2000, p. 152)”. He aquí una clara referencia a parámetros objetivos que hemos señalado *ut supra* en el texto, como el estado de la doctrina y de la jurisprudencia al momento de dictarse el fallo.

con el pensamiento que expresamos en este trabajo, no podemos sino estar parcialmente en desacuerdo⁸³.

Coincidimos plenamente con Zannoni en que el juez del juicio 2⁸⁴ puede internarse a investigar las pruebas rendidas en el juicio 1, incluso en la valoración que se ha hecho de ellas⁸⁵. Pero no nos convencen los argumentos que el distinguido autor da para acoger un resarcimiento por el 100% del monto reclamado.

En efecto, del último párrafo del fallo que transcribimos más arriba pareciera que Zannoni distingue según que el cliente que acciona contra el abogado haya intervenido en el juicio primigenio como actor o como demandado. Si hubiera sido actor, el alea inherente a cualquier proceso judicial recaería sobre un beneficio esperado. En cambio, si hubiera sido demandado, existiría un perjuicio efectivamente sufrido y, por lo tanto, no se trataría en este caso de una chance, sino que el daño equivaldría a los importes satisfechos a causa de ese juicio primigenio.

No compartimos en absoluto esta distinción, y para así inclinarnos nos apoyamos en la definición de pérdida de chance que da el propio Zannoni en su ya citado *El daño en la responsabilidad civil*. En página 76 expresa el distinguido autor que “Cuando el daño consiste en la frustración de una esperanza, en la pérdida de una *chance*, de una probabilidad, existen a la vez —es decir, coexisten— un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. *Certeza* de que, de no mediar el evento dañoso —trátese de un hecho o acto ilícito o de un incumplimiento contractual—, el damnificado habría mantenido la esperanza en el futuro, *que le permitiría obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial*. Pero, a la par, *incertidumbre*, definitiva ya, de que manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la *chance*, *la ganancia se habría en realidad obtenido, o la pérdida se habría evitado*” (énfasis agregado).

De aquí se desprende que Zannoni entiende, o por lo menos entendía al escribir el citado libro en 1987, que la pérdida de chance no se limita a la probabilidad de obtener una ganancia sino también a la de evitar un perjuicio. En ambos casos puede haber chance, porque tal institución no se define con base en obtener un beneficio o evitar una pérdida, sino al grado de certidumbre sobre “la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la *chance*”. Como hay incertidumbre sobre este último aspecto,

⁸³ Dicho esto reconociendo con franqueza nuestra humildad y nuestras muy probables carencias intelectuales.

⁸⁴ Para mantener la denominación que venimos utilizando desde antes.

⁸⁵ Como vimos, nosotros vamos aún más allá, al coincidir con Pettis en que en algunos casos hasta podrá producirse prueba que no se hubiera producido en el juicio frustrado.

no se trata de daño emergente ni de lucro cesante, sino de la pérdida de una chance.

Rebatido así el argumento del fallo, según las palabras de su propio autor, creemos que lo referido al resarcimiento debió decidirse justamente sobre la base de si existía mayor o menor grado de certidumbre sobre que, de haberse mantenido la situación frustrada por el profesional, se lograra revertir el pronunciamiento recaído en primera instancia. Y en este punto estamos de acuerdo en que existen opiniones que dicen que cuando la certeza es muy pero muy grande, la indemnización que debe corresponder es por el total del monto dejado de percibir o que se tuvo que sufragar. Pero aquí se ve que el argumento no pasa por la posición que el cliente tuviera en el juicio primigenio ni tampoco por si pretendía obtener una ganancia o evitar una pérdida⁸⁶, sino por la característica de la chance, que aparece como muy pero muy probable, rayana con la certeza absoluta.

Para estar de acuerdo con una solución basada en el argumento explicado en último lugar, nos haría falta consultar el expediente completo para investigar si no existían otros elementos que indujeran a pensar que el juez Yungano apreció equivocadamente la prueba rendida. Tendríamos que investigar también, según hemos propiciado, cuál es el estado de la jurisprudencia sobre este tema. Si luego de tales indagaciones nos encontráramos, por ejemplo, con que todas las salas de la Cámara Nacional Civil se hubiesen expresado en el mismo sentido que Zannoni en fallos contemporáneos con la sentencia de Yungano, entonces estaríamos cerca de reconocer que la chance de obtener la revocación de dicho pronunciamiento gozaba de una certeza casi absoluta y que, en consecuencia, el monto a resarcirse por el abogado debería acercarse bastante al de la condena contra el médico⁸⁷. Pero no hemos hecho este estudio, pues no es el objeto de este trabajo⁸⁸.

⁸⁶ Estamos de acuerdo en que *por lo general* quien demanda procura obtener un beneficio, aunque no siempre patrimonial, y quien es demandado intenta evitar una pérdida. Pero decimos que ello es así "por lo general", pues pueden darse casos en que no suceda de tal manera. Por ejemplo, si alguien que es intimado por carta documento a elevar a escritura pública un boleto de compraventa de un inmueble demandara a quien lo intimó por la anulación de ese contrato alegando que en realidad se trató de un mutuo usurario simulado como compraventa. Así planteado el ejemplo, el actor estaría buscando evitar un perjuicio, que sería el desprendimiento de un inmueble de su patrimonio.

⁸⁷ No nos animaríamos a sostener que el monto debería ser igual que el de la condena al médico porque estamos seguros de que es muy difícil tener presentes todas las circunstancias fácticas concretas (no sólo procesales sino extraprocesales —como es el caso de la jurisprudencia y la doctrina, en buena medida—) para decir que la certeza es casi absoluta.

⁸⁸ Tampoco lo hizo el propio Zannoni, o por lo menos no lo expuso en su voto. Por ejemplo, cuando él dice que si bien el dictamen pericial no vincula al juez, para apartarse de éste deben darse motivos bien fundados (párrafo cuarto del considerando 5 —*análisis*

Pero si de tal análisis surgiera que hay jurisprudencia en sentido contrario, pensamos que el juez debería tener en cuenta ese dato. Por lo demás, lamentablemente no se puede saber a qué sala le hubiera tocado intervenir en el primer pleito, que no llegó a hacerlo debido a la deserción del recurso de apelación. Creemos que, de poder conocerse, éste hubiese sido un dato de capital importancia para resolver el punto en cuestión. Aquí la investigación de jurisprudencia se reduciría a la que hubiera pronunciado dicha sala⁸⁹.

Sabemos que en todos estos comentarios estamos siendo, tal vez, demasiado detallistas, y propiciamos investigaciones que a veces pueden ser arduas. Pero lo hacemos porque estamos convencidos de que sólo así se cumple con el requisito de valorar la existencia de chance en concreto.

Creemos que no estamos haciendo otra cosa que repetir un criterio que resulta aplicable para todos los casos de responsabilidad civil en que se pretenda el resarcimiento de una chance, no sólo para los casos de abogados.

Piénsese por ejemplo en un juicio de mala praxis médica en que se peticiona el resarcimiento de la pérdida de chance de supervivencia (rubro que muchos autores aceptan). ¿No es procedente allí investigar por medio de pericias y otros medios probatorios si existían *en concreto* probabilidades de seguir con vida por un tiempo razonable más, y qué magnitud tenían esas probabilidades? Creemos que la respuesta afirmativa se impone naturalmente. Y la misma situación se da en el caso de mala praxis de abogados, no en todos, pero sí en una gran cantidad de casos —tal vez en la mayoría—.

3.2. Cuantificación de la chance

Hasta aquí se vieron ciertos parámetros a seguir por el juez para determinar la existencia de la chance, en lo que hace a nuestro objeto de estudio: determinar la existencia de probabilidades de ganar el juicio⁹⁰.

del caso— del mencionado voto), se apoya en la opinión de Palacio y luego cita un fallo de la sala A del año 1984, uno de la sala E de 1983 y luego cuatro fallos de la sala F (que él integra) de 1994, 1995 y 1996.

⁸⁹ Sólo cabría investigar otra jurisprudencia si dicha sala nunca se hubiese pronunciado al respecto, o si se pensara en la eventual procedencia de un recurso de inaplicabilidad de la ley.

⁹⁰ Esto lo decimos así, admitiendo que hay casos extrajudiciales en que el abogado puede resultar responsable civilmente. Son las hipótesis clásicamente mencionadas de la confección de un contrato, o de un dictamen, etcétera.

Una vez realizado ese primer paso, corresponderá examinar la magnitud de esa chance para así poder determinar su valor. En efecto, lo que el juez haría sería llegar a un porcentaje de probabilidad⁹¹. Diría, por ejemplo: "Estimo que la chance o probabilidad de haber ganado el juicio anterior era del 40%"⁹². Y luego aplicaría ese porcentaje al monto reclamado en la demanda anterior (la del juicio 1) frustrada o a la suma efectivamente desembolsada por causa del juicio perdido.

Pero se ha dicho con razón que generalmente las demandas de daños y perjuicios contienen pedidos de resarcimiento "inflados"⁹³. Tomando en cuenta esa circunstancia, podría criticarse la metodología descripta en el párrafo anterior diciendo que si, obtenido el porcentaje de probabilidad, se lo aplica sin más al monto de la demanda frustrada, se terminará abonando una suma que excede lo correspondiente a la entidad de la chance. Pero podría intentarse evitar esta crítica haciendo una aclaración.

Cuando el juez estima el porcentaje de la chance, dijimos que tal estimación debe hacerse fundadamente, teniendo en cuenta los elementos concretos del juicio. Pues bien, una demanda "inflada" es justamente parte de las circunstancias concretas del caso.

Quizás podría decirse que contando ya con la convicción de qué chance de ganar existía, el escalón siguiente hacia la valoración de ella, hacia la determinación en términos numéricos, podría bifurcarse en dos escaloncitos.

El primero sería valorar la chance a la luz de las circunstancias fácticas útiles para examinar quién debía perder y quién debía ganar en el juicio anterior, sin consideraciones económicas. Si se tratara, verbigracia, de un contrato cuyo cumplimiento se demanda, en este estadio deberían tenerse en cuenta el reconocimiento de la firma, el contenido lícito del contrato, etcétera. Esto nos dará como resultado qué posibilidades existían de salir triunfador en cuanto a las reglas de derecho aplicables⁹⁴. Supóngase que de aquí se dijera que la chance de ganar era del orden del 70%.

⁹¹ Por supuesto que no a través de cálculos matemáticos sino por intermedio de las bases que hemos dado y otras que daremos aquí.

⁹² En la frase omitimos la referencia a los motivos que lo llevan a fallar así, pero es claro que deben especificarse, so pena de dictar una sentencia arbitraria, fundada sólo en la voluntad del juez.

⁹³ Así lo dice SOBRINO, Augusto R., "La responsabilidad profesional de los abogados", DJ 1999-2-298, con quien también coincide PETTIS, Christian R., "El presupuesto del daño", cit., p. 941, nota 18.

⁹⁴ Que la doctrina y jurisprudencia le dieran la razón, o en qué medida apoyaran la postura jurídica del cliente.

En el escaloncito siguiente se trataría de evaluar las circunstancias fácticas de tinte económico del caso concreto. Y tales circunstancias están, por lo menos, dirigidas a dos ámbitos. En primer lugar, habría que examinar, como ya se dijo, la solvencia económica de quien era demandado en el juicio primitivo. En este sentido, si se trataba de una persona sin bienes registrables a su nombre y si tampoco existían terceros co-obligados o garantes, se ve que la chance de ejecutar una eventual sentencia favorable era bastante débil. Si, dando un paso más, aquel demandado yacía en estado de quiebra con anterioridad al hecho que motivó el primer juicio, se ve que ya las posibilidades son aún menos que débiles, son casi nulas. Imaginemos que de este segundo examen surgiera que aquel 70% se reduce a un 50%.

En segundo lugar, el examen de circunstancias económicas debería dirigirse justamente a evaluar la pretensión perdida. Si ella estaba “agrandada” o “inflada”, habría que “despejar la hinchazón”. Algo así como poner hielo en un hematoma para poder localizar el origen y entidad de la dolencia. Se preguntará cómo hacer esta labor. Pues bien, creemos que en el primer peldaño a que nos hemos referido se habrían evaluado ya las pruebas con que se contaban (o se habrían producido en el juicio 2 las que no pudieron serlo en el juicio 1, y que resultarían imprescindibles para valorar la entidad de la chance, según hemos propiciado). De ese examen probatorio se desprenderán elementos para valorar la entidad económica de la pretensión. Y por una comparación entre esa valuación económica con la pretensión efectivamente reclamada se podría escindir lo que esté de más. Por ejemplo, suponiendo que la “inflación” de la pretensión era del orden del 10%. Restando dicho porcentaje al 50% que nos arrojó el análisis anterior se llega al 40% que se hipotetizó originariamente.

Pero tal vez sería mejor seguir un camino diferente. Así, se podría restar la suma “inflada” al monto de la pretensión y sobre esa suma aplicar el 50% a que se llegó en el paso anterior. Veremos que los resultados no son los mismos.

Si bien las matemáticas no son nuestra especialidad, proyectaremos un ejercicio simple sobre la base de lo que hemos dicho, describiéndolo por pasos, y suponiendo que en el juicio 1 frustrado se peticionaban \$ 100:

1) Examen de los elementos probatorios y derecho aplicable⁹⁵: chance de 70%.

2) Examen de la situación económica del demandado en el juicio 1: chance se reduce a 50%.

⁹⁵ Considerando incluidas en “derecho aplicable” la legislación, pero también la doctrina y a la jurisprudencia.

3) Examen de “inflación” en la pretensión del juicio 1: 10% de “inflación”. Se abren dos posibilidades, a saber:

3.1. Restar ese 10% al 50% anterior = chance de 40%; aplicada sobre la pretensión de \$ 100 nos da una valuación de la chance por \$ 40.

3.2. Restar ese 10% sobre los \$ 100 de la pretensión = pretensión de \$ 90; aplicado el 50% anterior sobre estos \$ 90 nos da una valuación de la chance de \$ 45.

Pensamos que el paso correcto es el descripto sub 3.2. En efecto, el 10% que hemos llamado, por motivos gráficos, de “inflación” no tiene por qué descontarse del porcentaje de la chance. Lo “inflado” no es la chance sino el monto de la pretensión originalmente deducida.

Nos toca ahora realizar algunas consideraciones finales sobre este punto. En primer lugar, nos hemos manejado en el ejemplo anterior con un caso en el cual el cliente que ahora demanda al abogado en el juicio 1 era actor. Pero es claro que, de darse la situación inversa, las reglas deberán ser adaptadas. Por ejemplo, ya poco importará la situación económica del actor en el juicio 1, pues el cliente que demanda luego por mala praxis abogadoil pretendería el rechazo de la pretensión de aquél⁹⁶.

Por otra parte, bien se ve que los parámetros que se han dado para la valoración de la chance no difieren de los analizados para determinar su existencia. Y esto es así porque para realizar ambas operaciones mentales el juzgador debe tener en cuenta las situaciones concretas del caso. En ambos supuestos los parámetros obedecen a esta premisa.

Por lo demás, es de destacar que aquí se ha hablado de pasos mentales, de escalones, etcétera, pero es claro que en el mundo real es muy factible que el juez realice una única operación mental para evaluar tanto la existencia como la cuantía de la chance. Si nosotros hemos desglosado esa labor intelectual es porque creemos que así se entiende mejor la aplicabilidad de los parámetros objetivos que apuntamos.

La utilidad de valerse de patrones objetivos, lo reiteramos, consiste en evitar sentencias arbitrarias, fundadas en la sola voluntad de quien las dicta. Pettis señala que algunas voces manifiestan que al valorar la cuantía de la chance hay que atenerse a la facultad que a los jueces otorga el art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación⁹⁷. Consideramos que la última parte de dicho artículo no faculta a los jueces a fijar montos

⁹⁶ No se diga que el cliente demandado en el juicio 1 podría pretender no sólo el rechazo sino también, por ejemplo, una indemnización, pues en este caso el cliente habría tenido que reconvenir, y en este supuesto le serían aplicables los procedimientos que hemos analizado.

⁹⁷ PETTIS, Christian R., “El presupuesto del daño”, cit., p. 943.

de daños y perjuicios sin tener en cuenta algún tipo de parámetros externos a su pura subjetividad. Lo contrario implicaría tirar por la ventana todas las ricas elaboraciones que ha hecho la doctrina en cuanto a la valuación de los daños, además de contradecir el principio republicano que impone la fundamentación de los actos de los poderes públicos.

Por último, creemos que en la valuación de la chance existe un tope que no es dable al juez sobrepasar. Éste viene impuesto por el monto de lo reclamado en la demanda primigenia o por el valor de lo que se tuvo que entregar como consecuencia del juicio perdido o frustrado. Entiéndase bien lo que decimos: la suma del reclamo inicial perdido o lo pagado a raíz del mismo constituye un tope para la valuación *de la chance*. En el juicio 2, la chance abarca todos los rubros reclamados en aquella demanda o la suma pagada por haber perdido el juicio 1. Pero es claro que no involucra ni las costas (que, como se vio, constituyen un daño enteramente cierto), ni los intereses, ni tampoco otros rubros como el daño moral derivado de la pérdida de la chance⁹⁸.

4. Daño moral

En nuestro objeto de estudio, se trata de analizar el daño moral derivado del incumplimiento de un contrato. Sobre este aspecto se ha escrito mucho, sobre todo sobre la interpretación de la palabra “podrá” inserta en el art. 522 del Código Civil.

Sobrepasa los límites que nos hemos impuesto analizar a fondo esta cuestión, por lo que sólo diremos que somos partidarios de las opiniones manifestadas en contra de otorgar una facultad absoluta al juez interviniente. Las facultades absolutas generalmente dan lugar a situaciones de arbitrariedad, por lo menos aquellas que se ejercen sobre los ámbitos de actuación de terceros⁹⁹. Por lo cual estamos de acuerdo con quienes propician que si el daño moral se prueba efectivamente, el juez no puede a

⁹⁸ Por eso cuando se investigan los fallos sobre la materia hay que tener cuidado de no confundirse cuando se lee que los jueces tratan dos veces sobre la cuantía del daño moral, e incluso a veces aceptan uno y rechazan otro. Se trata de supuestos distintos. En primer lugar se analiza el daño moral reclamado en la demanda primigenia, se evalúa su procedencia y su cuantía para luego incorporarlo dentro de lo que en el juicio 2 es la pérdida de la chance. Y después se considera el daño moral derivado de la conducta del abogado.

⁹⁹ En nuestro caso, el accionar del juez repercute ineludiblemente en el patrimonio del abogado.

su antojo no otorgar resarcimiento por tal concepto, so pena de dictar una sentencia arbitraria¹⁰⁰.

Lo que sí se acepta es que en el ámbito contractual la valoración de la existencia y cuantía del daño moral debe realizarse con criterio restrictivo, porque las simples molestias propias de los negocios cotidianos no pueden dar lugar a resarcimiento.

¹⁰⁰ Para este tema remitimos a las obras específicas como la de PIZARRO, Ramón D., "Daño moral contractual", JA 1986-IV-923; CIFUENTES, Santos, ED del 4/10/1999; etc. Citados por PETTIS, Christian R., "El presupuesto del daño", cit., nota 30.