



Demandas por Mala Praxis del nuevo Código Civil y Comercial

Luis A. Rodríguez Saiach

- Modelos de demandas por mala praxis por responsabilidad civil de Médicos - Abogados - Escribanos - Jueces Arquitectos - Ingenieros - Contadores
- Incluye: Cuestiones a tener en cuenta en la confección de demandas por mala praxis para evitar errores u omisiones Liquidaciones y cálculos
- Nociones teórico-prácticas Normativa actualizada conforme al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación



Editorial Estudio

A MODO DE PRÓLOGO

1. Pretendemos con esta obra ayudar a los abogados para que las demandas que se presenten, en temas tan complejos como la mala praxis, tengan bien en claro lo que se pretende, saber exponerlo, para luego acreditarlo y tener la posibilidad de obtener una sentencia que nos de la razón.

2. Nuevos vientos se ciernen sobre el derecho y es deseable estar a favor del viento y no en contra de él.

3. También, entendemos, que los intérpretes de la ley se han quedado en el pasado, tal vez por aquello de que todo tiempo pasado fue mejor. No nos adaptamos con facilidad a los cambios, a la Internet, al avance de la ciencia, a los nuevos usos y costumbres, y estamos demasiados apegados al texto de la ley, encerrados en el modelo de las normas, mucho más de lo que puede estar un juez del Common Law, que, también viene del Jus commune. Es sabido que el derecho común, la madre de todos los derechos, era el Corpus Iuris Civile, el Codex Iuris Canónico y los comentarios de los glosados y post glosadores, que principiaron en la Escuela de Bolonia, al cuerpo de leyes romanas. Pero viniendo de Roma, la que fundó Londinium (actual Londres) en el año 43 después de Cristo, los anglosajones no se quedaron con el Derecho Romano, sin que fueron variando. Así, 60 años antes de que en Argentina apareciera la Ley de Defensa del Consumidor ya habían sancionado al fabricante (en el año 1933). Hubo un juez, que en la década del 50, estableció que el contrato en el Supermercado (era lo que hoy llamaríamos un FarmaCity) no se perfecciona cuando el presunto comprador toma el artículo de la góndola, sino cuando pasa por la Caja (aún hoy un juez formalista podría decir que se perfeccionó cuando se toma la mercadería de la góndola). Pero esto lo dijo cuando nosotros, en nuestro país, no teníamos supermercados (menos aún de remedios o de odontología) y comprábamos en el almacén del barrio.

4. Este atraso en la comprensión de los nuevos tiempos, el aferrarse al pasado (que no ha de volver), el no darle a las viejas normas una interpretación distinta, en los casos no contemplados, hace que lo que decidan los magistrados se divorcie de la gente. Y esto no es bueno.

5. Si se parte de la base que la firma es sólo para identificar a la persona, que no tiene otra finalidad, bien puede reemplazarse la misma por firma

electrónica avanzada (la de la UE, para nosotros firma digital, ley 25.506) o por la huella dactilar. Como se hace en Japón (con las tarjetas de crédito) o en las compras por celular. Y señores, la huella digital es más segura que la identificación ante escribano (de hecho los escribanos, ante las reiteradas estafas, han establecido el requisito de poner la huella dactilar).

6. Hemos conocido defraudaciones, en que se robó el documento al titular y se hizo pasar a otra persona por el titular del documento y ésta cobró una hipoteca y luego no se pagó la misma (pues la firma no era del titular registral).

7. Si no nos adaptamos a los nuevos cambios, en una sociedad que vive la aceleración del tiempo de la historia, en que las mutaciones no son por siglos, sino por años o meses, nuestro derecho no sólo declinará sino que no tendrá vigencia real y efectiva.

8. Es por ello, que el magistrado del tiempo presente debe esforzarse, no por apartarse locamente de la ley, sino por darle su justo cauce y, entre dos interpretaciones posibles, aceptar la que sea más coherente y rápida para solucionar los problemas y no para crearlos.

9. Así entendemos que se abren nuevos rumbos, para acelerar los procesos, como el poder en instrumento privado.

10. Se ha focalizado la cuestión en la práctica, pero no por ello se han descuidado los fundamentos teóricos. La mala praxis, la deficiencia técnica en el ejercicio profesional requiere, para ser admitida, la prueba de la culpa subjetiva (como factor de atribución) y ello surge del artículo 1768 del nuevo Código Civil y Comercial.

11. En la presente obra se ha tratado de crear modelos nuevos, tratando de no adaptar los anteriores.

12. Se ha puesto el énfasis en las liquidaciones y en las nuevas normas que fundamentan los resarcimientos.

Esperamos que sea de utilidad para los cultores del derecho.

LUIS A. RODRÍGUEZ SAIACH

PRIMERA PARTE

LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR MALA PRAXIS

CAPÍTULO I

LA RESPONSABILIDAD EN GENERAL

1. ¿CÓMO SE LLEGA A LA RESPONSABILIDAD ACTUAL (SUBJETIVA Y OBJETIVA)?

Hemos recorrido un largo camino, desde la antigüedad hasta nuestros días, en el tema de la responsabilidad, que no es nada más que un tema obligacional.

1.1. En el derecho romano

En el derecho romano se empezó a distinguir una responsabilidad contractual de aquella que no lo era. Es fácil recordar la definición de obligaciones, atribuida al jurisconsulto Florentino, es decir la obligación es el vínculo jurídico por el cual somos constreñidos en la necesidad de pagar alguna cosa, según las leyes de nuestra ciudad. Y nos podíamos obligar por contrato, pero también apareció la responsabilidad por otros hechos del hombre que generaban un vínculo distinto (Responsabilidad por la *lex Aquilia* o aquiliana¹).

1.2. El animismo

En un principio, la responsabilidad se fundaba en el animismo², es decir se responsabilizaba a la piedra, con la que se producía el hecho, o a un animal por el daño causado. Fue necesaria una evolución del pensamiento para atribuir la obligación, fuera del contrato, al dueño del animal, por ejemplo, el que tiraba la piedra. Y apareció el concepto de culpa, que es subjetivo atribuible causalmente o, mejor dicho, imputable a una persona. Se responde por la culpa.

1.3. La división cuadripartita romana. Responsabilidad contractual y extracontractual

Los romanos distinguieron cuatro fuentes de obligaciones, el *contractus*, el *cuasi ex contractus*, los delitos y los cuasidelitos, fuentes receptadas en la evolución del derecho, casi hasta nuestros días (así, por el Código Civil Francés o por Vélez Sarsfield en su Código Civil, aunque distinguiendo ya la fuente contractual de otra extracontractual).

¹ Plebiscito votado por el pueblo y puesto a consideración por el Tribuno Aquilius en la primera parte del Siglo III Antes de Cristo.

² Para esta creencia antigua todas las cosas tienen alma o espíritu, sea una roca, un animal, una planta, etcétera.

Esta división bilateral creó un práctico abismo, entre una y otra, una valla infranqueable que fue nuestro artículo 1107 del Código Civil, hoy derogado. No se podía saltar de una responsabilidad a la otra, parecía que, como antes de Colón, se llegaba a un lugar en que las aguas del océano caían a un abismo y la tierra se acababa.

1.4. La culpa subjetiva, como factor único de atribución, en el Código Civil Francés

Y adentrándonos en el tema extracontractual la culpa era siempre subjetiva, debía haber una imputación personal con algún fundamento. Se respondía por el acto humano, imputable a Juan, por ejecutar el hecho con culpa o negligencia (artículo 1109 CC, tomado del artículo 1382 del Código Civil Francés³).

La era codificatoria moderna empezó, a principios del siglo XIX con el Código Civil Francés o de Napoleón (1804), en una época en que se discutía, en Alemania (por ese entonces, Prusia) dividida, sobre su conveniencia (polémica Thibaut-Savigny de 1814). En realidad Savigny entendía que codificar era cristalizar el derecho y que había que respetar el *volkgeist*, es decir el espíritu del pueblo⁴.

Pero este Código Civil Francés, debido a varios factores derivados del cambio de los tiempos, la aceleración de la historia, la revolución industrial, la primavera de los pueblos de 1830 y 1848, el nacimiento del marxismo y el socialismo, entre otros, empezó a presentar fisuras.

1.5. El nacimiento de la responsabilidad objetiva. Las leyes de accidentes de trabajo

Uno de los temas era como responsabilizar por culpa al dueño de una fábrica, que estaba en Tahití, del accidente ocurrido en su fábrica de París. La responsabilidad subjetiva no servía, pues nadie es responsable por culpa a 10.000 kilómetros de distancia. Y las leyes de accidentes de fines del Siglo XIX y principios del Siglo XX, establecieron la responsabilidad objetiva,

³ Cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo.

⁴ Thibaut y el filósofo Hegel eran partidarios de la codificación. Hegel entendía que el derecho positivo era la ley y por lo tanto había necesidad de estructurarla (codificarla). Sin embargo, también decía que la codificación era siempre incompleta, debía ser abierta. Savigny representaba a la Escuela Histórica y la ciencia del derecho no debe ser avasallada por la ley. Donde quiera que encontramos historia documentada el derecho civil tiene un carácter determinado, peculiar al pueblo así como lo son la lengua, las costumbres, la constitución. Ninguna de estas instituciones tiene existencia separada, sino que, siendo energías especiales y actividades de un único pueblo, están indisolublemente unidas en su naturaleza y sólo ante nuestra observación se presentan como elementos independientes. Lo que los une en un todo único es la común convicción del pueblo, el sentimiento común de una necesidad interior que excluye toda idea de un origen accidental y arbitrario (F.C. v. Savigny, La vocación de nuestro tiempo por la legislación y la jurisprudencia).

con prescindencia de toda idea de culpa subjetiva. Tal vez el fundamento era que el que se beneficiaba con la actividad debía soportar los riesgos de la misma (el riesgo de actividad) y, entonces, se era responsable sin culpa subjetiva y tampoco importaba la culpa de la víctima, salvo una conducta dolosa. Se daba una tarifa y se respondía por ella, aun en caso de un accidente en el trayecto de la casa al trabajo o viceversa (en el itinerario o en *itinere*). Esto representó el nacimiento de la responsabilidad objetiva.

1.6. Extensión de la responsabilidad objetiva, al derecho civil en general, por la reforma al primer párrafo del artículo 1384 del *Code* y la causa “Jean D’Heur”. Recepción tardía en nuestro país

Y allá por 1922 se recepta dicha responsabilidad en una modificación del Código Civil Francés al artículo 1384⁵, en que se responsabiliza al individuo por las personas de que se sirve o las cosas que tiene a su cuidado. La Corte de Casación Francesa validó esta responsabilidad objetiva en el año 1930 en la causa “Jean D’Heur c. Galeries Belfortaise”. En el año 1968, la ley 17.711 recepta este cambio e introduce un acercamiento a la responsabilidad sin culpa u objetiva, en la modificación al artículo 1113 del Código Civil (en realidad establece una presunción de culpa, en favor de la víctima cuando el daño se produce por el riesgo o vicio de la cosa o con la cosa).

2. EL MONISMO (UNA SOLA RESPONSABILIDAD) DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL NUEVO Y LOS DOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN, EL SUBJETIVO Y EL OBJETIVO

Como culminación de toda esta historia se unifica la responsabilidad, como en la mayoría de los países, ya no es más contractual o extracontractual, y se reconocen la atribución por culpa o la imputación objetiva. El nuevo Código Civil Comercial vigente desde el 1º de agosto de 2015, así lo establece.

2.1. La unificación de la responsabilidad

Muchos problemas representaba la artificial división, hoy lo sabemos, entre una obligación contractual de otra extracontractual. Así en cuanto a la reparación y sus rubros, por ejemplo, si correspondía el daño moral en material de contratos. Por ello, el monismo representa un gran avance. Ahora, en los artículos 1708 y siguientes se trata de otra fuente de obligaciones en vez de referirse a la responsabilidad extracontractual. Y, además, las reparaciones y las consecuencias patrimoniales o no patrimoniales, con matices, se aplican a toda la responsabilidad, sin distinción alguna.

⁵ La persona será responsable no solamente del daño que cause por su propia actuación, sino también por el que causara por la actuación de personas de las que deba responder, o de cosas que permanezcan bajo su guarda.



www.editorialestudio.com.ar

 facebook.com/editorialestudio

 linkedin.com/company/editorial-estudio