

PROGRAMA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL NORTE

MAESTRIA EN DERECHO

PROYECTO DE GRADO

LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ABOGADO

JESUS VALL DE RUTEN RUIZ

JUNIO DE 2010

AGRADECIMIENTOS

Al momento de presentar el trabajo de grado resulta pertinente agradecer la invitación y el apoyo de las directivas de la Universidad y del programa para cursar la maestría.

Agradezco igualmente el acompañamiento y la guía permanente de mi directora de tesis, Dra. Yadira Alarcón, quien animó mi labor investigativa y me alentó a efectuar una pasantía de investigación en la UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID, coordinando lo pertinente para que tan enriquecedora experiencia fuera posible.

Agradezco igualmente la generosa dedicación de la Dra. MARIA CARMEN CRESPO MORA, quien me brindó una calurosa acogida en España, y con su profundo conocimiento del tema inspiró y orientó los desarrollos del presente trabajo.

Finalmente agradezco la serena compañía de María C., sin cuyo apoyo y comprensión este trabajo no hubiera sido posible.

INDICE

	Pág.
Abreviaturas	5
Introducción	6
Capitulo 1	La Función de la ABOGACIA 18
Capitulo 2	El tipo Contractual Aplicable 22
2.1	Los desarrollos del derecho español 23
2.2	la situación en Colombia 33
Capitulo 3	Las prestaciones a cargo del Abogado 44
3.1	La prestación Principal 44
3.1.1	Principales problemas para determinar el incumplimiento de la Obligación. 54
3.1.1.1	La conformación del nexo causal 54
3.1.1.2	La relatividad del saber jurídico 59
3.2	Las prestaciones Accesorias 65
3.2.1	El deber de informar 65
3.2.1.1	El concepto general de información 65
3.2.1.2	El deber de información del Abogado 63
3.2.1.3	Fundamento Normativo Del Deber de Información 73
3.2.1.4	Contenido del deber 82
3.2.1.5	Las modalidades de incumplimiento y sus efectos 91
3.2.1.6	La prueba del incumplimiento de la obligación de informar 95
3.2.1.7	El deber de consejo 96
3.2.1.8	La intervención del cliente 100
3.2.1.8.1	El deber de colaboración 101
3.2.1.8.2	Las instrucciones 104
3.2.2	El deber de secreto 111
Capitulo 4	El Daño 139
4.1	La tipología del daño 150
4.1.1.	La privación de la pretensión. 153
4.1.2	La pérdida de la oportunidad 157
4.1.3.	La privación del derecho a que la pretensión / excepción sea

	examinada.	189
4.1.4	Otros daños	194
4.2	El Quantum Indemnizatorio	194
Conclusiones		210
Bibliografía		213

ABREVIATURAS

C.C.:	Código Civil colombiano
C. de Co.	Código de Comercio colombiano
C. de P.C.:	Código de Procedimiento Civil colombiano
C.P.:	Código Penal colombiano
E.G.A.:	Estatuto General de la Abogacía
E.G.A.E.:	Estatuto General de la Abogacía Española
T.S.:	Tribunal Supremo español
S.T.S.:	Sentencia del Tribunal Supremo español

INTRODUCCION

El propósito de la presente investigación radica en establecer cuál es el marco conceptual dentro del cual habrían de ser abordados en nuestro país los conflictos atinentes a la responsabilidad civil de los abogados.

Habida consideración de que los conflictos donde se debate la eventual responsabilidad civil de los profesionales del Derecho no se han planteado aún de manera masiva en nuestro país y ante la expectativa de que ello ocurra en los próximos años, al igual que ha acontecido, por ejemplo, con los médicos, el fin específico de la presente investigación es el de intentar anticipar el marco de referencia con el cual podría enfrentarse la solución de tales asuntos en Colombia.

El presente trabajo de investigación surge a partir del interés en el tema suscitado por la magistral tesis doctoral elaborada por Doña MARIA CARMEN CRESPO MORA, fruto de una investigación de más de cinco años de preparación, la cual mereció en el año 2005 el VII premio FRANCISCO DE ASIS SANCHO REBULLIDA, otorgado anualmente a la mejor tesis doctoral presentada en España.

Se trata entonces de presentar un panorama general de la forma en la cual el Derecho español aborda el tema de la específica responsabilidad profesional que nos ocupa, para confrontar tales tratamientos particulares con la normatividad nacional y con el

desarrollo que al interior de nuestro ordenamiento han tenido las instituciones generales en las cuales las distintas responsabilidades suelen descomponerse, de manera que sea posible intentar determinar las singularidades del que podría ser un marco regulatorio propio.

Destaco que la doctora CRESPO MORA, haciendo gala de la generosidad con el conocimiento, propia de los verdaderos maestros, ha accedido a apoyarme en la elaboración del presente estudio.

El trabajo pretende satisfacer la inquietud con respecto a la forma en la cual los tribunales nacionales y especialmente los jueces de primera instancia podrían resolver los conflictos en los cuales los clientes de los abogados, intenten obtener el resarcimiento del daño que alegan haber sufrido por causa o con ocasión del desempeño del abogado en lo que hace a las actividades propias de su disciplina.

Se trata entonces de hacer un esfuerzo por desarrollar la función predictiva que, según algunos autores, es propia del Derecho, con las naturales limitaciones que a la misma corresponden.

Es de destacar que buena parte de los trabajos científicos referidos al tema se fundan en la presentación sistemática de las decisiones jurisprudenciales, con lo cual la referida labor predictiva tiene ciertamente mayor posibilidad de acierto, si el Derecho es, como se ha dicho, <lo que hacen los jueces>.

Es de anotar que el estudio del sistema español resulta de especial utilidad para el fin de desarrollar la mencionada labor con pretensiones predictivas, en atención a que el tema que nos ocupa ha sido abordado por una copiosa producción jurisprudencial, la cual a su vez ha sido objeto de estudio por un amplio sector de doctrinantes interesados en la materia.

Ocurre que, bien por el contrario, en nuestro medio no se cuenta con precedentes jurisprudenciales consolidados, habida consideración de que la práctica jurídica nacional no ha incorporado aún de manera masiva el planteamiento de litigios contra los abogados, para demandar el resarcimiento de los perjuicios derivados del desempeño deficiente de las actividades que les son propias.

La evolución que a ese respecto han tenido otros ordenamientos jurídicos permite sin embargo prever que el incremento de tales litigios habrá de presentarse de manera significativa en los próximos años, por cuanto las causas que condujeron a ello en otros países se advierten igualmente en nuestro medio.

Según el análisis de la doctora CRESPO MORA, los aspectos más destacados de la evolución histórica del tema en España, están caracterizados por la situación paradójica consistente en que no obstante “la temprana regulación del tema en los diferentes Estatutos

de la Abogacía, hasta hace apenas unos años sólo un pequeño porcentaje de las reclamaciones de responsabilidad civil de los abogados llegaba a los tribunales.”¹

La situación aludida no se compadecía además de la proliferación de sentencias relativas a la responsabilidad de otros profesionales liberales dentro de los cuales se destacan los médicos y los constructores, cuyos desarrollos se han convertido en el pilar sobre el cual se ha estructurado jurisprudencialmente el tema de la responsabilidad profesional.

La anotada situación resultaba ciertamente difícil de explicar si se toma en consideración que “la apreciación de ciertos presupuestos de la responsabilidad civil de los abogados se ve favorecida por los especiales conocimientos científico - jurídicos que poseen los tribunales, lo que no es predicable de otras profesiones en las que el recurso a los peritos se revela imprescindible.”²

Luego de una serie de sentencias en las cuales las pretensiones dirigidas a procurar la declaratoria de responsabilidad de los abogados fueron desestimadas por el TRIBUNAL SUPREMO, la primera sentencia condenatoria sólo vino a ser proferida por el citado Tribunal el 17 de noviembre de 1995.

¹ CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. Thomson Civitas. Editorial Aranzadi S.A. Primera edición. 2005, pág. 33

² CRESPO MORA. María Carmen La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág. 35

Como factores determinantes del retardo en el reconocimiento de responsabilidad de los abogados por parte del TRIBUNAL SUPREMO, destaca la autora a la cual nos venimos refiriendo, además del alcance que el principio <*Iura novit curia*> tiene en el derecho español³, algunas dificultades especiales que califica como <de hecho> y <jurídicas>

Dentro de las dificultades de hecho destaca “la condición de profano del cliente que contrata los servicios del letrado, puesto que normalmente carecerá de conocimientos jurídicos suficientes para descubrir que el daño que ha sufrido es debido al comportamiento negligente del abogado”⁴, fundamentalmente por cuanto en veces resulta difícil determinar la negligencia en atención a que la misma “aparece enmascarada tras una actuación aparentemente diligente.”⁵, como acontece en los eventos en los cuales el profesional del derecho se limita a seguir de forma pasiva o meramente formal el curso del proceso.

La segunda de las dificultades de hecho deriva de la obligación de concitar la intervención mediadora del decano del colegio de

³ El citado principio atenúa el impacto de la falta de preparación del abogado, toda vez que al interior del ordenamiento español, al igual que en el nuestro, el fallador está facultado para resolver el litigio aplicando a los hechos referidos en el libelo un marco normativo diferente al planteado por el abogado en sustento de las pretensiones o excepciones formuladas, sin que por ello se quiebre la congruencia de la decisión. Se exceptúan en nuestro medio de la citada consideración, al igual que acontece en España, las excepciones de nulidad relativa, prescripción y compensación que necesariamente deben ser interpuestas, como prerequisite para que puedan ser declaradas en la sentencia, tal y como establece al art. 306 del C. de P.C.

⁴ CRESPO MORA. María Carmen La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág. 39

⁵ CRESPO MORA. María Carmen La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág., 39

abogados, predicable en España de todo profesional del derecho a quien se encomiende la promoción de una causa dirigida a provocar la declaratoria de responsabilidad de otro abogado, por razón del ejercicio de su profesión.⁶ En el sentir de la autora la citada obligación ha ejercido influencia disuasiva sobre los abogados en lo que hace a demandar a sus colegas.⁷

Dentro de las causas <jurídicas> pone de relieve la escasez de sentencias del TRIBUNAL SUPREMO sobre la responsabilidad del abogado, situación que se aventura a explicar en “que, inicialmente, la cuantía litigiosa de los pleitos entablados contra los letrados fuera inferior a los límites dispuestos para el recurso de casación por la ley de enjuiciamiento civil”⁸. La citada dificultad habría cesado con la adopción de un nuevo ordenamiento de enjuiciamiento civil, recogido en la ley 1 de 2000, el cual deja de considerar la cuantía del interés para recurrir en casación, como fundamental para la admisión del recurso.

A la anterior consideración se sumaba la reiterada jurisprudencia del TRIBUNAL SUPREMO proferida en el sentido de no admitir los recursos de casación que se fundamentaran en la violación de disposiciones reglamentarias, como era el caso del ESTATUTO GENERAL DE LA ABOGACIA, proferido en el año de 1982, a través

⁶ Obligación impuesta por el art. 79 del ESTATUTO GENERAL DE LA ABOGACIA (aprobado por el Real Decreto 658 de 2001, proferido el 22 de junio).

⁷ Esta situación no se produce en el ordenamiento colombiano, habida cuenta de que no existe la colegiatura obligatoria.

⁸ CRESPO MORA. María Carmen La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág., 41

del Real Decreto 2090 del 24 de julio.

Proferida la primera sentencia estimatoria de la responsabilidad del abogado, en el año de 1995, se ha presentado un número creciente de las mismas, y al análisis de dicha producción jurisprudencial está básicamente dedicada la tesis doctoral que se comenta.

Destaca MARIA CARMEN CRESPO MORA, que, como causas determinantes del auge de la promoción de reclamaciones judiciales inspiradas en el cuestionamiento de la práctica profesional de los abogados en su país, pueden contarse “la pérdida del temor reverencial al profesional (ya sea médico, arquitecto, o abogado), así como el mayor peso jurídico que han adquirido las reclamaciones de los clientes – en este caso consumidores de servicios.”⁹

Tales circunstancias son igualmente apreciables en nuestro medio, tal como se desprende del creciente número de procesos en los cuales se demandan los efectos de la alegada mala práctica de los profesionales de la medicina, tanto ante la jurisdicción ordinaria, como ante la justicia contencioso administrativa.

Es probable que en favor de la litigiosidad surgida respecto de los profesionales de la salud hubiere militado la destacada capacidad

⁹ CRESPO MORA. María Carmen, La responsabilidad civil del abogado en el derecho español, en revista de Derecho de la Universidad del Norte; Julio de 2006. Pág. 260.

económica de los entes responsables, al amparo de los cuales se organiza la prestación de los servicios cuestionados; pero es igualmente probable que la ausencia de tal factor respecto de la parte pasiva en los procesos de responsabilidad civil de los abogados, resulte compensado con la mayor facilidad de obtener apoyo calificado para cuestionar la práctica del profesional del Derecho.

A este respecto LUIS MARTINEZ CALCERRADA, Magistrado de la Sala primera del Tribunal Supremo Español señala: "...tampoco se ignora que, dentro del mundo forense no acontece el hermetismo corporativista, como ocurre, v.g., en los temas de la responsabilidad médica, para encontrar un perito médico, que informe o dictamine en contra de otro médico, puesto que, a propósito de la responsabilidad civil del abogado, si es fácil encontrar bufetes, que informen y defiendan adecuadamente al cliente." ¹⁰

La todavía poca actividad en lo que hace a la litigios dirigidos a procurar la declaratoria de responsabilidad de los abogados, corre paralela con la también poca actividad procesal que ha suscitado, hasta ahora, en la rama penal de la jurisdicción ordinaria, el delito de "infidelidad a los deberes profesionales", consagrado por el art. 445 del Código Penal promulgado en el año 2002, respecto del cual ha anotado ALBERTO POVEDA PERDOMO, en su trabajo "El delito de abogado"

¹⁰ MARTINEZ CALCERRADA Luis. Responsabilidad Civil Profesional Del Abogado. Perfiles De La Responsabilidad Civil En El Nuevo Milenio. Editorial Dykinson. Madrid, 2000, pag. 345.

que “el tipo penal al que ahora dedicamos nuestra atención es un punible de aquellos que poca actividad genera en los estrados judiciales, al punto que se puede señalar que es un delito exótico por la ausencia casi total de querellas de parte, de un lado, y de procesos iniciados en forma oficiosa por las autoridades requirentes.”¹¹

Los procesos que con relación al tema que nos ocupa se avecinan deberán entonces definirse en las instancias inferiores sin el apoyo de una jurisprudencia decantada en la esfera nacional, por lo que podría resultar de utilidad un trabajo investigativo previo que informe sobre el panorama del derecho comparado; respecto de las razones que militan a favor de una mayor o menor severidad en el juzgamiento de la conducta profesional del abogado; de los criterios para establecer la conducta diligente; de la tipología de las conductas merecedoras de reproche; de la forma como se concretan en este campo específico los elementos generales de la responsabilidad civil; y, finalmente de la forma de establecer y cuantificar la indemnización.

El presente trabajo se dedicará al estudio de la responsabilidad personal del abogado surgida para con su propio cliente, razón por la cual no se abocará dentro del mismo el análisis detallado de los casos de responsabilidad extracontractual y/o de la que deriva de las situaciones en las cuales el servicio legal se contrata o provee por

¹¹ POVEDA PERDOMO Alberto. El delito de abogado. Editorial Librería del Profesional Ltda. Bogotá. 2003. Pág., 1

intermedio de entidades públicas o privadas, como es el caso de defensorías de oficio o de compañías aseguradoras que prestan el servicio de asistencia jurídica.

En desarrollo de lo anotado se estudiarán las instituciones específicas de la responsabilidad del abogado, surgidas de la relación contractual trabada con su cliente, tomando como referencia los desarrollos del derecho español.

Como una precisión conceptual para entender el sistema español resulta procedente indicar que al interior del mismo, la gestión profesional en materia litigiosa, se desarrolla, de una parte por el letrado, “que asume la dirección técnica del proceso, informa, asesora, aconseja y proporciona auxilio técnico jurídico a la parte en el pleito, pero no la representa”; y por la otra por el procurador, que es “quien asume la representación técnica o postulación: representa al cliente y actúa en su nombre y en lugar de él”¹².

Es de destacar que la intervención del procurador no es requerida en todos los procesos, y que la figura presenta dificultades especiales en el tratamiento de su responsabilidad, por cuanto ha sido concebida normativamente la Procura como una profesión libre e independiente,

¹² CRESPO MORA. María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Págs., 57 y 58

por el estatuto profesional respectivo¹³, a pesar de lo cual, en la mayoría de los casos es contratado por el mismo abogado, lo cual ameritaría considerarlo por este aspecto como una especie de <subcontratista>.

En todo caso la similitud de las actividades desarrolladas por ambos profesionales, y el hecho de que en Colombia la gestión procesal se ejerce directa y exclusivamente por el abogado, hacen que los desarrollos jurisprudenciales producidos en España respecto de ambas figuras, resulten de interés para el análisis que nos ocupa.

Por lo que corresponde ya al desarrollo del trabado destaco que en el capítulo primero se analiza la función de la abogacía, desde la perspectiva constitucional y de los cuerpos normativos que regulan dicha actividad desde la doble perspectiva funcional y disciplinaria.

El capítulo segundo intenta establecer cuál es el tipo contractual que cobija las relaciones que se suscitan entre el abogado y su cliente. Parte el estudio del análisis del referido problema en el derecho español, destacando la evolución de la jurisprudencia, las dificultades para resolver problemas prácticos con apoyo en el tipo que el Tribunal Supremo entiende aplicable; y finalmente las voces de disenso de algún sector de la doctrina que entiende al mandato como el tipo que

¹³ ESTATUTO GENERAL DE LOS PROCURADORES DE LOS TRIBUNALES DE ESPAÑA, aprobado por el Real Decreto 1281 de 2002. Artículo 1.1

mejor corresponde a la naturaleza específica de la relación profesional que nos ocupa.

Se pasa posteriormente en el segundo capítulo a abocar el tratamiento de cara a la legislación nacional, destacando la forma en la cual Don Andrés Bello previó buena parte de los problemas que han sido advertidos en España.

El tercer capítulo desarrolla las distintas prestaciones que surgen a cargo del abogado por virtud de la celebración del contrato con su cliente. Se desarrolla en primer lugar lo relativo a la prestación principal consistente en conocer el derecho aplicable al asunto al cual se refiere el encargo o la obra encomendada; y las dificultades principales en lo que hace a determinar el incumplimiento de la obligación.

Acto seguido se pasa a desarrollar las denominadas prestaciones accesorias, como son el deber de informar y el deber de secreto.

Por último, el cuarto capítulo se dedica a presentar las distintas formas típicas de daño que suelen desprenderse del incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el abogado y las pautas señaladas por la jurisprudencia española y la doctrina en general para determinar el quantum indemnizatorio.

CAPITULO 1. LA FUNCIÓN DE LA ABOGACIA

El decreto 196 de 1971, en sus artículos 1° y 2° regula tanto la función de la abogacía, como la misión que al interior de la misma corresponde desarrollar a cada abogado en particular.

El art. 1° del citado decreto, dispone: “La abogacía tiene como función social la de colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico, del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia.”

Por su parte, el art. 2° del cuerpo normativo en comento dispone que “La principal misión del abogado es defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares. También es misión suya asesorar, patrocinar y asistir a las personas en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas.”

Con respecto a la norma que consagra la función de la abogacía se ha señalado que la misma constituye un desprendimiento necesario de la directiva constitucional dispuesta en el sentido de establecer que Colombia es un estado social de derecho, caracterizado por la existencia de una democracia participativa y pluralista, orientado a garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales, a consecuencia de lo cual “quiso el legislador que la libertad de ejercer la profesión de abogado, tendría que estar reglada; es decir que aquellos

sujetos calificados debería someterse a unos parámetros de comportamiento dentro del desarrollo de las actividades jurídicas, creándose el Estatuto de la Abogacía, en donde en su artículo 1° desde el inicio le asignó a esta profesión, la calidad de función social, la cual como podemos ver se enmarca perfectamente dentro de la estructura del Estado Social de Derecho.”¹⁴

Siendo que el ordenamiento jurídico colombiano se inserta en una marco garantista de prevalencia de los derechos individuales, los cuales han de ser ejercidos de manera responsable, cobra especial importancia la profesión de abogado, en cuanto ilustra a los particulares sobre el alcance y límite de sus derechos, y propende por el efectivo reconocimiento de tales derechos por parte de las autoridades estatales, con las cuales de esa forma colaborar para el perfeccionamiento del orden jurídico.

Se ha dicho a este respecto que “el ejercicio de la abogacía, a diferencia de otras profesiones, admite la exigencia de una mayor rigor en cuanto a comportamiento del profesional, en todos los órdenes, en atención a la trascendente función que realizan los abogados como depositarios de la confianza de sus clientes y como defensores del derecho y la justicia; más aún, si se tiene en cuenta, que se vive una crisis de la

¹⁴ ISAZA CADAVID Germán. Estatuto de los Abogados. Decima edición. Bogotá. Pág., 49

administración de justicia” que requiere ser superada mediante el concurso de quienes se dedican a la disciplina del derecho.”¹⁵

En consonancia con lo expuesto, en la tesis doctoral de MARIA CARMEN CRESPO MORA, se señala que “El abogado es un colaborador necesario de la función jurisdiccional al que se le confía la defensa efectiva de los derechos individuales y colectivos; de ahí que las consecuencias de sus errores sean tan graves. En primer lugar, porque las acciones ejercitadas por el mismo suelen ser de especial importancia para el cliente que le confió la defensa de sus intereses. En segundo lugar, porque la interposición de un recurso innecesario o de una demanda inútil (*v.gr.*, cuando se trate de una acción prescrita) puede acarrear cuantiosos gastos (gasto procesales, costas, honorarios profesionales, provisión de fondos, etc.). Por último, porque el incorrecto ejercicio de tal misión no sólo provocara el perjuicio particular de los clientes, sino que afectará claramente a la calidad y al prestigio de la justicia.”¹⁶

La dualidad de intereses a los cuales sirve la abogacía, esto es, el interés particular del cliente o patrocinado, y el interés general de la justicia, marca una tensión que ha de resolverse mediante un adecuado balance.

¹⁵ ALBERTO POVEDA PERDOMO. EL DELITO DE ABOGADO. O.C. Pág. 5, comentando la sentencia C 540/93

¹⁶ MARIA CARMEN CRESPO MORA. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Págs., 31 y 32

La situación es ciertamente más clara para el defensor dentro del proceso penal, respecto del cual se ha dicho “Con todo, como con razón lo señala GOESSEL, con respecto al proceso penal, debe advertirse que el abogado no es, en fin de cuentas, alguna parte del poder estatal, y, por consiguiente, no puede vincularse positivamente a las metas y principios del poder estatal, por lo que en la averiguación de la verdad en el proceso no está comprometido.”

“Por ello, entonces, el cometido del defensor consiste en garantizar el respeto a la ley y a la justicia por parte de los órganos de justicia frente a su cliente, por lo que no existe una obligación general del abogado de contribuir a una sentencia verdadera y justa, lo cual queda fuera de su competencia, de manera que tampoco está obligado, por ejemplo, a aportar pruebas concluyentes por él conocidas.”

“En fin, la consagración constitucional del principio de la dignidad humana y el derecho fundamental a la defensa, imponen al defensor una actividad unilateral sólo a favor de su cliente.”¹⁷

La aludida tensión impuesta por la diversidad de intereses a los cuales sirve la abogacía aparece ínsita en la misma definición de los deberes profesionales del abogado, como se advierte cuando en el ordinal 9º del art. 28 de la ley 1123 de 2007 se le conmina a “Guardar el secreto profesional, incluso después de cesar la prestación de sus servicios”, y en el ordinal 17 se le exige “Exhortar a los testigos a declarar con

¹⁷

POVEDA PERDOMO Alberto. EL DELITO DE ABOGADO. O.C. Pág. 6

veracidad los hechos de su conocimiento”, y no sólo exhortarlos a no faltar a la verdad.

CAPITULO 2. EL TIPO CONTRACTUAL APLICABLE

El tema de la responsabilidad contractual del abogado supone determinar previamente cuales son las prestaciones que a cargo del mismo se derivan de la relación contractual que lo vincula con su cliente.

Tal aspecto se relaciona íntimamente con dos temas que corresponde desarrollar. En primer lugar ha de tratarse el asunto relacionado con el tipo del contrato que vincula al abogado con la persona que conviene con el mismo la prestación de sus servicios; para abocar a continuación lo atinente a la forma en la cual la clasificación de las obligaciones como de medio y de resultado, proyecta sus efectos en el tema que nos ocupa.

La determinación del tipo contractual resulta indispensable para establecer el marco normativo básico que debe considerarse a fin de regular las diferencias que se susciten entre las partes; y contribuye por contera a esclarecer, si es o no posible para el abogado delegar en otro profesional la prestación del servicio, o si le es dado poner término a la relación contractual mediante una decisión unilateral.

El tema de la clasificación que distingue entre obligaciones de medio y de resultado resulta de utilidad independientemente de la determinación de la tipología contractual, toda vez que, cualquiera que sea la calificación que se atribuya al contrato celebrado entre el abogado y su cliente, parece no discutirse que en lo general las obligaciones que asume el profesional del derecho y que se proyectan en el ámbito judicial, deben considerarse como de medio, y las que dicen referencia al plano extrajudicial, en principio corresponden a la categoría de obligaciones de resultado.

2.1 Los desarrollos del derecho español

En lo tocante a la determinación del tipo contractual al cual corresponde la prestación de los servicios de abogado, en lo atinente a las actividades judiciales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, es desde hace buen tiempo uniforme en considerar que el tipo aplicable es el arrendamiento de servicios, en la modalidad regulada por la sección primera del capítulo tercero del título VI, libro IV del Código Civil (artículos 1583 a 1587) denominada “del servicio de criados y trabajadores asalariados.”

A pesar de que en el pasado el Supremo había considerado que el tipo aplicable era el mandato¹⁸, en desarrollo de la postura heredada del

¹⁸ Sentencias SSTS de junio 14 de 1907 (jurisprudencia civil, N° 103, Págs. 726 a 734) y de 27 de diciembre de 1915 (jurisprudencia civil, N° 159, Págs. 1061 a 1072)

derecho romano que atribuía a los servicios intelectuales mayor prestancia y consideración que a aquellos que se desarrollaban mediante labores manuales, cambió posteriormente de posición para entrar a predicar que el tipo correspondiente era el de arrendamiento de servicios.

La postura inicial del Tribunal Supremo se estructura en la línea de razonamientos del corte del que a continuación se transcribe: “el legislador de 1889 quiso someter los contratos celebrados entre particulares y ciertos profesionales al régimen previsto para el contrato de mandato. La explicación es sencilla. Nuestro Código Civil (réplica del Code francés) acoge en este punto la tradición jurídico-romana, donde las ocupaciones intelectuales (*operae liberales*) gozaban de un carácter tan elevado, que sólo podían ser objeto de mandato. La *locatio conductio operarum* (arrendamiento de servicios) era más propia de los trabajos manuales, desempeñados a cambio de una merced (*mercennarius*) o por esclavos; en cambio, era inconcebible que los servicios de un abogado, médico o profesor pudieran ser arrendados. Para los contratos con el *advocatus* se recurría al mandato. Precisamente por el carácter elevado de la actividad desempeñada por los letrados, estos no percibían precio como contraprestación de los servicios prestados sino honorarios, e incluso en los primeros tiempos, los profesionales liberales no recibían ningún tipo de remuneración,

por considerarse que la misma no era propia del trabajo de un hombre digno”¹⁹.

El mandato “en la Roma clásica no solamente era gratuito por su naturaleza, sino incluso por su esencia: toda estipulación de recompensa hacía al mandato degenerar en un contrato diferente. Se consideraba, pues, como incompatible con cualquier idea de beneficio o de interesada especulación. ”²⁰

En estricto sentido no era que quienes prestaban servicios intelectuales no percibieran retribución alguna por sus servicios. “Se admitía el honorario *ex post facto*, pero nunca *ab initio*, pues para que el mandatario conservara su verdadero carácter era preciso que el mandatario comenzara la gestión que le fue confiada de una forma absolutamente graciosa y desinteresada.”²¹

“No es que existieran dos especies de mandato, el gratuito y el remunerado, sino que el mandato no cesaba de ser gratuito por el hecho de existir una promesa de honorarios, todo cuanto hiciese alusión a los mismos estaba realmente fuera del contrato de mandato: la acción de que disponía el mandatario para hacer efectiva la promesa del mandante, cuando éste faltaba a su palabra, no era la *actio mandati*,

¹⁹ CRESPO MORA María Carmen. LA RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO EN EL DERECHO CIVIL. O.C. Págs. 89 y 90.

²⁰ YZQUIERDO TOLSADA Mariano. La responsabilidad civil del profesional liberal. Reus S.A., Madrid, 1989, Pág. 20

²¹ YZQUIERDO TOLSADA Mariano. La responsabilidad civil del profesional liberal. O.C. , Pág. 20

por mucho que las partes estuviesen ligadas por un contrato de esta naturaleza. El contrato, gratuito en esencia, no podía engendrar una *acción de mandato*; aunque se la quisiese denominar así, no era propiamente una acción, sino una *persecución extraordinaria*, en la cual iba a ser el pretor quien tuviera la última palabra.²²

Desaparecida la consideración de prevalencia de las profesiones que se desarrollan mediante una labor intelectual²³, la jurisprudencia española abandonó la tesis del mandato²⁴, en atención a que dicho contrato se consideraba ahora incompatible con los servicios profesionales de los abogados, fundamentalmente por cuanto dicho tipo contractual se estructura sobre la base de someter la actuación del mandatario a las instrucciones impartidas por el mandante, tal como previene el art. 1719 del Código Civil español. El mandatario desempeña un encargo en interés exclusivo del mandante y por tal razón está sujeto a las instrucciones del mismo.

²² YZQUIERDO TOLSADA Mariano. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PROFESIONAL LIBERAL. O.C. Págs. 20 y 21.

²³ La justa apreciación de los trabajos manuales y de las personas que se dedican a la realización de los mismos, base del abandono de la tesis del mandato como forma de regular los servicios de los profesionales liberales, por consideraciones igualitarias, produjo como consecuencia el desplazamiento de estos profesionales que prestan servicios inmateriales al ámbito normativo “del servicio de criados y trabajadores asalariados”; con la particularidad de que quienes desarrollan trabajos manuales, al compas de la misma corriente de promoción social, emigraron casi en su totalidad a los contornos de la legislación laboral, de forma que la pretendida igualdad en el tratamiento jurídico no se produjo.

²⁴ Como anota YZQUIERDO TOLSADA en la obra citada. Pág. 26, una sentencia de Enero 18 de 1941, consideró que “por superiores y cualificados que sean los servicios de <quienes, como los médicos, ejercen las llamadas profesiones y artes liberales>, se ven cobijados con <el molde amplísimo del contrato de prestación o arrendamiento de servicios>.”

La aludida sujeción se considera incompatible con la independencia que caracteriza el ejercicio de las profesiones liberales. Tal como anota YZQUIERDO TOLSADA, “A nadie se le ocurre que un médico tenga que seguir en su tratamiento las instrucciones de su paciente, o un profesor las de su alumno.”^{25/ 26}

Con todo, la exclusión del mandato no ha sido tajante, toda vez que el Tribunal Supremo, ha considerado que “de una manera eventual y accesoria pueden ser encomendadas a los abogados gestiones propias del contrato de mandato.”²⁷

²⁵ YZQUIERDO TOLSADA Mariano. La responsabilidad civil del profesional liberal. O.C. , Pág. 27

²⁶ La verdad es que el contrato de arrendamiento de servicios, tal como se encuentra definido y desarrollado en la legislación española, bajo la denominación <del servicio de criados y trabajadores asalariados>, tiene también un tinte de subordinación, que resulta igualmente difícil de hacer compatible con los servicios prestados por los profesionales liberales. Es de destacar que inicialmente la doctrina francesa predicó que la relación entre el profesional y su cliente habría de ser subsumida en el contrato de obra, denominado en Francia <arrendamiento de industria>, por cuanto entendía que el arrendamiento de servicios determinaba una mayor vinculación del profesional con su cliente, toda vez que si la prestación consiste en una mera actividad, disociada de un resultado concreto, corresponde a quien la remunera organizarla de tal modo que resulte útil. De Page, citado por YZQUIERDO TOLSADA, o.c., Pág. 37, en un intento por justificar la distinción entre ambos tipos contractuales, señala: “El objeto del contrato (<arrendamiento de industria>) no es el trabajo como tal, sino un trabajo determinado que implica una misión sin comprometer la independencia de quien la ejecuta.” (subraya fuera de texto)

De esta forma las críticas al mandato por razón de la subordinación o dependencia que determina, y que se considera incompatible con la actividad del profesional liberal, no justifica la escogencia del arrendamiento de servicio como tipo contractual aplicable.

Se anota que no es tampoco claro que los servicios prestados por los profesionales liberales se desarrollen en un marco de absoluta independencia. Si así fuera el deber de información estaría privado de buena parte de su utilidad.

Se opone a considerar que el contrato de arrendamiento de servicios implique una relativa subordinación de quien presta el servicio Eugenio Llamas Pombo, quien invoca a Castán, cuando afirma que en tratándose de <servicios superiores> el operario goza de gran autonomía, siendo la nota de dependencia verdaderamente característica del contrato de trabajo. (Citado por JARAMILLO J. Carlos Ignacio. Responsabilidad civil médica. La relación medico paciente Analisis doctrinal y jurisprudencial. Pontificia universidad Javerina.segunda reimpresión. 1996. Pág. 110)

²⁷ Sentencia de Febrero 16 de 1935. (Citada por YZQUIERDO TOLSADA Mariano. La responsabilidad civil del profesional liberal. O.C. Pág. 31).

Se ha dicho que la calificación del contrato aludido como arrendamiento de servicios, resuelve sólo el problema de la determinación del tipo, ya que de las cinco disposiciones que inicialmente conformaban el apartado respectivo dentro del C.C. español, tres se encuentran tácitamente derogadas por el derecho laboral, y las dos que conservan vigencia, resultan virtualmente inaplicables a la prestación de servicios profesionales.²⁸

A pesar de que la jurisprudencia se inclina por calificar el contrato celebrado por los abogados con sus clientes, como de arrendamiento de servicios, no toda la doctrina acoge dicho planteamiento, y aparecen entonces voces que propugnan por predicar la aplicación de las normas del mandato, bien de forma directa por considerarlo el tipo que verdaderamente corresponde a la relación, o bien por vía analógica, en atención a la virtual carencia de regulación efectiva que proveen las normas del arrendamiento de servicios.²⁹

Las principales objeciones que se plantean a la consideración del arrendamiento de servicios como tipo predicable de la relación abogado - cliente, derivan de la evidente impertinencia de la

²⁸ Ferrandis Vilella, citado por YZQUIERDO TOLSADA Mariano. La responsabilidad civil del profesional liberal. O.C. , Pág. 32 señala que “Todo el esfuerzo desarrollado por la jurisprudencia para calificar como arrendamiento de servicios a la relación que media entre el abogado y su cliente, tiene como principal resultado el encasillamiento de dicha relación dentro de un esquema contractual de figuras típicas o nominadas; se resuelve con ello el problema de la naturaleza jurídica, pero no el de la determinación de la norma aplicable, porque no hay posibilidad de aplicar a tal relación ni una sola de las reglas contenidas en los artículos 1.583 a 1.587.”

²⁹ CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág. 92.

denominación del tipo a la clase de servicios que prestan los profesionales liberales, y del hecho de que la aludida calificación no permite resolver problema alguno en atención a la derogatoria tácita de la mayor parte de las normas³⁰, y a la virtual inutilidad de las vigentes (arts. 1583 y 1587 del Código Civil español) con respecto al tema que nos ocupa.³¹

La dificultad de asignar uno de los dos tipos referidos a la relación del abogado con quien contrata sus servicios, deriva de que las definiciones establecidas en la ley para los mismos, concretamente en los artículos 1544 y 1709 del Código Civil español, describen virtualmente la misma hipótesis, consistente en la prestación de un servicio a favor de quien lo encarga.

La única diferencia se contrae a la introducción del factor retributivo, que es esencial en el arrendamiento, pero que no es del todo extraño al mandato, ya que respecto de profesionales, esto es de quienes tienen por ocupación el desempeño de un cierto tipo de encargos, la remuneración es de la naturaleza del contrato, conforme señala el inciso 2º del art. 1711 del C.C. español.

³⁰ Reconocida por sentencias del Tribunal Supremo español de 25 de marzo de 1998 y 23 de mayo de 2001.

³¹ Los artículos citado son del siguiente tenor. Art. 1583: puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo, o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo. Art. 1587: La despedida de criados, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados, a que se refieren los artículos anteriores, da derecho para desposeerles de la herramienta y edificios que ocuparen por razón de su cargo.”

La aplicación exclusiva de la normatividad correspondiente al arrendamiento de servicios ha sido criticada por cuanto no permite cobijar los servicios que se prestan de manera gratuita, ya que como se indicó la remuneración es de la esencia del mismo; y de otra parte, la aplicación excluyente de las normas del mandato ha sido igualmente objeto de censura, en atención a que determina la vocación de aplicar a servicios prestado con intención lucrativa, disposiciones que han sido concebidas para una relación signada por la gratuidad, como es por vía general lo propio del mandato.

Es por eso que, con buen sentido, se ha predicado la aplicación analógica a los contratos que celebran los profesionales liberales para regular la prestación de sus servicios, de las normas del mandato que resulten compatibles con las actividades que se desarrollan mediando una remuneración, ponderación que presentaría mayor dificultad.³²

Han de tratarse definitivamente como mandato los casos en los cuales la actividad del letrado comporte la representación en juicio,³³ y en general los servicios que prestan los procuradores, quedando por resolver la forma de salvar la limitación en la aplicación de las normas inspiradas en la gratuidad del servicio, por tratarse de casos de

³² CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág. 103

³³ Lo cual ocurre en los procesos que se adelantan en materia laboral, respecto de los cuales no se exige la intervención de procurador, y por ende la representación judicial de la parte la puede ejercer directamente el letrado. CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág. 102

servicios remunerados en los que resulta ineludible la aplicación plena y directa de las normas del mandato.

Ahora bien por lo que corresponde a la actuación extrajudicial del abogado, como sería el caso de la elaboración de un concepto, la constitución de una sociedad, o la preparación de un contrato, el tipo aplicable es el arrendamiento de obra, regulado por la sección segunda del referido Capítulo tercero, del título VI del libro IV del Código Civil, sin perjuicio de que la labor de asesoramiento, por definición prolongada en el tiempo, se rija por las normas del arrendamiento de servicios, en atención a que el objeto de la prestación no se materializa en un resultado tangible o concreto.³⁴

Caen manifiestamente en el ámbito del mandato, aquellas labores encargadas a un profesional del derecho, que no resultan privativas de su formación y que desarrollan expresiones típicas de la aludida modalidad contractual y/o que están referidas a la ejecución de actos jurídicos, como es el caso de administrar, vender o adquirir bienes.³⁵

En síntesis la situación en España es básicamente la siguiente, con la anotación de que no resultan de recibo planteamientos definitivos y que en cualquier caso habrá que considerar las particularidades de la

³⁴ CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil.. O.C. Págs. 105 y 106.

³⁵ MARIA CARMEN CRESPO MORA. LA RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO EN EL DERECHO CIVIL. O.C. Pág. 108.

situación bajo examen³⁶: En el plano judicial el tipo aplicable a la situación del letrado es el de arrendamiento de servicio, con aplicación analógica de las normas del mandato, y por excepción el tipo aplicable es el mandato de forma directa, cuando el letrado le sea dado ejercer la representación.

En el campo extrajudicial, se aplicarán las normas del arrendamiento de servicios, cuando la labor contratada es un asesoramiento, o las propias del arrendamiento de obra, cuando se trata de la elaboración de un concepto; también con aplicación analógica de las normas del mandato, toda vez que buena parte de la regulación propia de tales tipos resulta inaplicable a la relación del abogado con su cliente; e igualmente, por excepción, se aplica el mandato de forma directa, cuando el cometido encomendado al letrado entraña representación.

En atención a la concurrencia de diversos tipos contractuales, se ha propuesto en España tener a los contratos celebrados por algunos profesionales independientes, como contratos <multiformes o proteiformes>, en los cuales la determinación del tipo contractual

³⁶ Anota Yzquiedo Tolsada. (La responsabilidad civil del profesional liberal. O.C., Pág. 38) “si la calificación normal que merece dicha relación es la propia del contrato de servicios, tal afirmación no obsta para que el mismo profesional pueda, más o menos eventualmente, actuar en régimen de mandato o de arrendamiento de obra. Creo que no se debe intentar, por tanto, arribar a una solución definitiva y universal. Por otra parte, se me antoja imposible, ni optar por una tesis para con ello excluir las restantes, sino investigar en los criterios cuya presencia o ausencia en cada caso suministren datos suficientes para calificar de una u otra la relación y, por ende, para deducir de ello uno u otro régimen de responsabilidad.”

aplicable, ha de ser determinada en cada caso en particular, atendiendo las circunstancias particulares de la relación del que se trate.³⁷

2.2. La situación en Colombia

La situación en Colombia es bastante más clara que en el sistema español, por cuanto el Código Civil se encargó de resolver *ab initio* los solapamientos entre el mandato y el arrendamiento de servicios, formulando además disposiciones que reconocen la situación particular de los profesionales liberales.

Es de destacar que la regulación colombiana, fruto del trabajo de Don Andrés Bello, se anticipó a los problemas antes advertidos, estableciendo dentro de la regulación del arrendamiento de servicios la distinción entre el arrendamiento de criados domésticos, vertido en normas³⁸ que están hoy todas derogadas por el Código Sustantivo del Trabajo; y el arrendamiento de servicios inmateriales³⁹, referido a la ejecución de “obras inmateriales o en que predomina la inteligencia sobre la mano de obra”, tal como señala el art. 2063 del C.C.

Adicionalmente recogió el Código Civil la distinción entre las obras o servicios puntuales, como “una composición literaria o la corrección

³⁷ SERRA RODRIGUEZ Adela. La relación de servicios del abogado. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999. Pág. 195.

³⁸ Arts. 2045 a 2052

³⁹ Arts. 2063 a 2069

tipográfica de un impreso” (art. 2063) y “los servicios inmateriales que consisten en una larga serie de actos, como los de escritores asalariados para la prensa, secretarios de personas privadas, preceptores, ayas, histriones y cantores”. (Art. 2064)

La regulación de los servicios puntuales se desarrolló por remisión a algunas de las disposiciones contenidas en el capítulo VII, denominado “De los contratos para la confección de una obra material” (art. 2063, en concordancia con los arts. 2054, 2055, 2056 y 2059).

De igual forma se dispuso que a las obras parciales en las cuales se descomponen los servicios de tracto sucesivo, se aplicarían las mismas normas establecidas para los servicios puntuales. (Art. 2065)

Por su parte en la regulación del mandato, y concretamente en el artículo 2144, se dispuso que “los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otras personas, respecto de terceros, se sujetarán a las normas del mandato.”

Finalmente, para tender un puente entre las regulaciones de ambos tipos contractuales, el art. 2069, dispuso la aplicación de la normatividad establecida para el arrendamiento de servicios inmateriales, bien sean estos puntuales o prolongados en el tiempo, “a

los servicios que según el artículo 2144 se sujetan a las reglas del mandato, en lo que no tuvieren de contrario a ellas.”

En consecuencia en el ordenamiento legal colombiano, la totalidad de los servicios o trabajos ejecutados por los abogados, judiciales o extrajudiciales, prolongados en el tiempo o puntuales, con resultado tangible o no, se regulan en primer lugar por las normas contenidas en el Título XXVIII del libro IV del C.C., relativas al mandato (art. 2144); y, en lo que no contradigan éstas; por las normas contenidas en la regulación del arrendamiento de servicios inmateriales (art. 2069) y en aquellas propias del contrato para la confección de una obra material, a las cuales remite el artículo 2063.

La forma en la cual se ha dispuesto la aplicación de las normas del mandato a los servicios prestados por personas cuya formación supone largos estudios o cuyo desempeño entraña funciones representativas, determina el establecimiento de la normatividad aplicable, sin que el legislador hubiere tomado partido por la naturaleza que propiamente corresponde a la relación particular de que se trate. Nótese que en el primero de los supuestos, la remisión al régimen del mandato, no se dispone en atención a la naturaleza particular del servicio prestado, sino en consideración a las calidades personales de quien presta el servicio, criterio subjetivo que no es pertinente de suyo para establecer la tipología de la relación, que de ordinario se establece sobre la base de considerar la naturaleza de las prestaciones a cargo de las partes.

No está por demás señalar que históricamente la Corte Suprema de Justicia, entendió excluidos de la regulación del mandato los servicios prestados por profesionales liberales, mientras consideró incompatibles con esta modalidad contractual los servicios privados de funciones representativas. A tal respecto anotó: “Dentro de estos conceptos, el texto del art. 2144 del Código Civil no puede entenderse en el sentido disyuntivo que ofrecen sus términos, sino en el de la concurrencia del servicio con la representación de la persona a quien se presta; porque si el mandato supone esencialmente un acto jurídico de obligatoriedad para el mandante, resulta a todas luces inaceptable la sola posibilidad de que llegue a estructurarlo el simple servicio del médico que ejecuta una operación quirúrgica, o el del mismo abogado que se encarga de la confección de una minuta, no obstante suponer tales servicios los dilatados estudios profesionales que supone el texto.”⁴⁰

La aludida postura restrictiva respecto del mandato fue abandonada por la Corte, tal como consta en sentencia proferida en Octubre 11 de 1991, con ponencia del magistrado Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.⁴¹

La aplicación actual de las normas del contrato de mandato a los servicios prestados por abogados, es resaltada por Andrés Orión

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de febrero 25 de 1952.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Octubre 11 de 1991.

Álvarez, en ponencia denominada <La Responsabilidad Civil del Abogado y Su Aseguramiento>, presentada en la ciudad de Barranquilla.⁴²

Habida cuenta de que se dispuso en el Código Civil colombiano la aplicación preferente de las normas del mandato, por sobre las del arrendamiento de servicios inmateriales y/o del contrato para la confección de una obra material(art. 2069), corresponde matizar la aplicación de las normas con vocación de aplicación preferente, a fin de tomar en consideración cuáles de las mismas se amoldan a la prestación de servicios remunerados y cuáles se orientan de forma esencial a regular hipótesis signadas por la gratuidad, tomando en consideración que los servicios legales bien pueden prestarse de una u otra forma.

Es de destacar que el inciso segundo del art. 2155 del Código civil contiene una disposición referida concretamente a la responsabilidad del mandatario remunerado.

El texto del artículo es el siguiente: “El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo.

Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado.

⁴² ORIÓN ÁLVAREZ Andrés, La Responsabilidad Civil del Abogado y Su Aseguramiento, ponencia presentada en la ciudad de Barranquilla. Instituto Caribe de Responsabilidad Civil. Hotel Country Norte. TEXTO NO PUBLICADO.

Por el contrario si el mandatario ha manifestado repugnancia al encargo, y se ha visto en cierto modo forzado a aceptarlo, cediendo a las instancias del mandante, será menos estricta la responsabilidad que sobre él recaiga.”

La mayor exigencia en lo que hace a la responsabilidad del mandatario remunerado se satisface sustituyendo el arquetipo básico de comportamiento diligente - el buen padre de familia-, por el propio del profesional diligente en el campo de que se trate, lo cual no es cosa diferente que la aplicación de la *lex artis ad hoc*.^{43/44}

⁴³ “Teniendo en cuenta las consideraciones realizadas en torno al modelo de conducta profesional, se puede afirmar, a nuestro juicio, que la pericia constituye condición del exacto cumplimiento de las obligaciones de carácter profesional, entre ellas, las del abogado, y, por tanto, su omisión –la impericia-, uno de los presupuestos de la responsabilidad contractual. El deudor debe en su comportamiento ajustarse a una medida de pericia objetiva, apta para la satisfacción del interés crediticio, en este sentido, y en relación con la existencia o inexistencia de responsabilidad de profesional liberal, la doctrina y la jurisprudencia aluden frecuentemente a las reglas impuestas por la <lex artis> a la que pertenece el deudor, como parámetro a tener en cuenta para la verificación de aquélla.

Al análisis de la expresión <lex artis>, a su estrecha relación con la pericia –como elemento componente de la misma- y a la función que se le atribuye en el juicio de responsabilidad profesional dedicamos este apartado. La referencia a la <lex artis>, esto es, a aquellas normas o reglas propias de la profesión que imponen determinadas pautas de conducta o deberes al deudor – profesional, se erige en el elemento que otorga la objetividad necesaria para que la pericia pueda constituirse en parámetro del cumplimiento de la prestación. Las reglas del arte integran, de este modo, el contrato que liga al profesional con su cliente. La pericia, como hemos visto, puede ser concebida desde una doble vertiente; la subjetiva, que incide en la posesión de los conocimientos profesionales del deudor, y la objetiva, que se refiere a la traslación exterior, a la aplicación de dichos conocimientos en el momento de la ejecución de la prestación.

Es este último aspecto el que adquiere relevancia en orden a la determinación del contenido exacto de la prestación, y donde se pone de manifiesto su distinción con la diligencia, como deber general de comportamiento al que debe plegarse todo deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. La prestación de servicios profesionales exige un grado de pericia, determinado por el canon o modelo del buen profesional; la observancia de tal exigencia implica que la obligación ha de ser ejecutada de acuerdo con la <lex artis>. SERRA RODRIGUEZ Adela. La responsabilidad civil del abogado. Editorial Aranzadi. 2000, Pág. 125 y 126

⁴⁴ Sobre la mayor exigencia que entraña la *lex artis* respecto del arquetipo ordinario, se ha señalado: “La diligencia exigible es la propia pericia objetiva y de la *Lex Artis* y superior a la exigible al “*Bonus pater familia*” CARRETERO SANCHEZ Santiago. La responsabilidad del abogado en la sociedad profesional” Ediciones Jurídicas Dijusa. Madrid. 2008, Pág. 157.

No puede interpretarse el precepto en el sentido de que para el profesional liberal que actúa mediante una remuneración resulte preceptiva la solución que derivaría de la aplicación automática de la gradualidad prevista por los artículos 63 y 1604 inciso 2°, en el cual la culpa levísima corresponde al nivel más elevado de responsabilidad, toda vez que el arquetipo delineado por la ley para establecer el comportamiento debido en tal categoría, que es “la esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes”, nada dice, en términos de contenido, sobre el desempeño profesional, y en lo general está ya contenida en el concepto del profesional diligente.

La aplicación del precepto mencionado debe igualmente matizarse con la consideración de que en principio las obligaciones derivadas de la actuación profesional, son de actividad, con excepción de aquellas que se concretan en la elaboración de una obra determinada, las cuales han de considerarse como obligaciones de resultado, con el régimen de responsabilidad, o si se quiere probatorio, que es propio de las mismas.⁴⁵

Al interior de la obligaciones consistentes en una obra, naturalmente, cuando ésta se concrete en la elaboración del un concepto o informe, la

⁴⁵ “sólo podremos hablar de una carga de la prueba en que el deudor deberá demostrar que el incumplimiento se debe a causas extrañas en aquellos contados supuestos en los cuales la relación se desenvuelve en el marco de una ejecución de obra, en donde el resultado a que se obliga el profesional coincide plena y exactamente con el fin económico pretendido por el acreedor.” Yzquiedo Tolsada. Mariano. La responsabilidad civil del profesional liberal. O.C. Pág. 46

obligación se satisface con la entrega del mismo, elaborado con ajuste a la *lex artis* y con advertencia de los aspectos dudosos o controversiales, sin que pueda predicarse que la naturaleza de obligación de resultado permite al acreedor exigir que el concepto rendido por el profesional resulta acogido por el operador de justicia, judicial o administrativo, por cuanto el Derecho es asunto mutable, y es aleatorio el sentido de los pronunciamientos sobre el mismo, que se profieren por las autoridades.⁴⁶

La jurisprudencia nacional ha aceptado la tesis del contrato proteiforme referido a la prestación de servicios profesionales y concretamente respecto de los servicios prestados por los médicos, con la finalidad de deducir de allí que la aplicación de las normas sobre distribución de la carga de la prueba acorde con la clasificación que distingue entre las obligaciones <de medio> y de <resultado>, no opera en todos los casos de forma invariable, y que además han de atenderse los criterios de posibilidad de producción de la prueba aludida, determinando un régimen dinámico a ese respecto.⁴⁷

⁴⁶ La doctrina reconoce la posibilidad de establecer categorías al interior de las obligaciones de resultado. Boris Starck distingue entre aquellas en las cuales el deudor se libera de responsabilidad probando el caso fortuito, y otras, que denomina absolutas, en las cuales no libera de responsabilidad al deudor, ni siquiera el caso fortuito. Anota el autor que las diferencia entre el grado de responsabilidad pueden derivar tanto de la ley, como del mismo contrato, dentro del cual se puede pactar la responsabilidad por algunos hechos constitutivos de caso fortuito. *Droit Civil, Obligations, Vol 2; Contrat et quasi – contrat. Régime general*, 2ª ed. Paris, 1986, pags. 339 y ss. Citado por SERRA RODRIGUEZ Adela. *La relación de servicios del abogado*. O. C. Pág. 47

⁴⁷ Anota en sentencia de Enero 30 de 2001, la Corte Suprema de justicia, con ponencia del magistrado José Fernando Ramírez Gomez:” Acerca de la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios médicos, la jurisprudencia de la Corte no ha sido uniforme, como no lo es la postura de la doctrina, que ha visto en este contrato unas veces arrendamiento de servicios, como también lo sostuvo la Corte en sentencia de 30 de octubre de 1915 (G.J. 1282 y 1283, pág. 204), o un contrato al que se le aplican las normas del

mandato, como se predicó en sentencias de 29 de marzo de 1923 (G.J. t. XXX, pág. 52), 7 de diciembre de 1923 (G.J. t. XXX, pág. 238) y 29 de octubre de 1930 (G.J. t. XXXVIII, pág. 243), o una locación de obra, o un contrato atípico, o un contrato “*multiforme*” o “*proteiforme*”, o “*variable*”, es decir, un contrato que en abstracto no se puede clasificar, como ahora lo entiende la Corte, dada la falta de una regulación específica del mismo, porque en concreto, es decir, teniendo en cuenta la relación efectivamente ajustada, bien pudiera configurarse como uno u otro contrato de los típicamente previstos por la ley: arrendamiento de servicios, confección de obra, mandato, de trabajo, etc., o un contrato atípico, o si se quiere “*sui generis*”, como lo califica otro sector doctrinal, inclusive la Corte cuando en sentencia de 26 de noviembre de 1986, predicó, sin hacer calificación o clasificación alguna, que al contrato médico de prestación de servicios profesionales le eran aplicables “*las normas del título XII del libro cuarto del Código Civil, sobre efectos de las obligaciones y no las relativas a la responsabilidad extracontractual...*”, pues como lo sostuvo la Corte en la sentencia de 5 de marzo de 1940, no es posible sentar reglas absolutas porque la cuestión de hecho y de derecho varía, así como la apreciación de la culpa del médico.

De ahí, entonces, que con independencia del caso concreto, no es dable, ni prudente, sentar precisos criterios de evaluación probatoria, como lo hizo el Tribunal, pues es la relación jurídica particularmente creada, como ya quedó dicho, la que ofrecerá los elementos para identificar cuál fue realmente la prestación prometida, para a partir de ella proceder al análisis del comportamiento del profesional de la medicina y así establecer la relación de causalidad con el daño sufrido por el paciente, porque definitivamente el médico no puede responder sino cuando su comportamiento, dentro de la estimativa profesional, fue determinante del perjuicio causado.

Aunque para la Corte es claro que los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al médico, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado), y que en torno a ese panorama axiológico debe operar el principio de la carga de la prueba (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), visto con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones, pues éste es el principio implícito en la norma cuando exonera de prueba las afirmaciones o negaciones indefinidas, precisamente por la dificultad de concretarlas en el tiempo o en el espacio, y por ende de probarlas, resulta pertinente hacer ver que el meollo del problema antes que en la demostración de la culpa, está es en la relación de causalidad entre el comportamiento del médico y el daño sufrido por el paciente, porque como desde 1940 lo afirmó la Corte en la sentencia de 5 de marzo, que es ciertamente importante, “*el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio causado*”.

En conclusión y para ser coherentes en el estudio del tema, se pudiera afirmar que en este tipo de responsabilidad como en cualquiera otra, deben concurrir todos los elementos o presupuestos materiales para el éxito de la pretensión, empezando por supuesto con la prueba del contrato, que es carga del paciente, puesto que es esta relación jurídica la que lo hace acreedor de la prestación del servicio médico, de la atención y el cuidado. Igualmente, corresponde al paciente, probar el daño padecido (lesión física o psíquica) y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento pretende. Ahora, probado este último elemento, sin duda alguna, como antes se explicó, que lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el acreedor, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa. Pero es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el *onus probandi* permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (*lex artis*).

Acoge CARLOS IGNACIO JARAMILLO, la tesis del contrato proteiforme o multiforme, respecto de los contratos celebrados por los médicos con sus pacientes, y al explicar la naturaleza de esta categoría señala que la misma se caracteriza por la virtual imposibilidad de determinar a priori el tipo contractual correspondiente que habría de predicarse para cada situación particular, siendo las circunstancias propias del caso las que permitirán efectuar la categorización respectiva; ante lo cual concluye: “ de allí que para establecer el tipo contractual pertinente, será menester escrutar la *intentio* de los extremos de la relación negocial , no siempre simétrica, dado que no todos los pacientes acuden a los facultativos con idénticas pretensiones (fin práctico del negocio jurídico), o aquejados por las mismas dolencias y preocupaciones (“naturaleza polifacética) ⁴⁸

“Por ello, entonces, es por lo que no resulta conveniente, *ex ante*, definir la naturaleza del contrato médico, definir la naturaleza del contrato médico, siendo más prudente, amén que riguroso, auscultar *-in casu-* el fin práctico negocial que, *in concreto*, mueve a los cocontratantes a contratar, muy especialmente de cara al paciente, acreedor del deber de prestación a cargo del profesional, así el tipo contractual más frecuente, a la postre, termine encuadrado en la categoría reservada al arrendamiento de servicios, circunstancia que, no impide, como se acotó, la conformación de otros negocios, aún de índole innominada y

⁴⁸ JARAMILLO J. Carlos Ignacio. Responsabilidad civil médica. La relación medico paciente. Análisis doctrinal y jurisprudencial. O.C. Pág. 130

atípica, si fuere procedente, gracias al conocido rol asignado a la autonomía privada, conforme se anunció.”

“El sólo hecho de que en el común de los casos ello tenga lugar, no descarta, *ab initio*, la floración de otras estructuras, en especial en presencia de otras especialidades, *ad exemplum*, la cirugía estética - o puramente embellecedora- ; la imposición de prótesis dentales, la vasectomía, la práctica de determinados y rutinarios exámenes de laboratorio, etc, según se examinará posteriormente, más propias de un contrato de obra, a la luz de algunas modernas codificaciones jusprivatistas.”⁴⁹

El contrato que celebran las partes, en cada caso concreto, puede corresponder bien a alguna de las categorías típicas, o reflejarse en un pacto atípico, según lo que los contratantes se hubieren propuesto en punto a las prestaciones encomendadas al profesional.

El fin práctico del negocio es igualmente dispar respecto de los servicios prestados por los abogados, por lo que la tesis a la cual nos hemos referido podría también predicarse, en principio, de los contratos celebrados con los profesionales del derecho.

⁴⁹ JARAMILLO J. Carlos Ignacio. Responsabilidad civil médica. La relación medico paciente Analisis doctrinal y jurisprudencial. O.C. Pág. 131

Ocurre sin embargo que la postura aludida tiene valor sólo teórico, en lo que corresponde al intento por calificar de manera homogénea los contratos celebrados por una categoría de profesionales liberales, pero no permite en el terreno práctico, determinar el marco jurídico por aplicar para la solución de los conflictos que suscita entre las partes.

Esta limitación la reconocen quienes apoyan la noción y en tal imposibilidad se funda precisamente el planteamiento globalizador.

Se recalca que independientemente del tipo contractual específico que en el caso particular las partes hubieren delineado, el legislador ha predicado la aplicación preferente de las normas del mandato, que dispone un régimen de responsabilidad calificado, lo cual habrá de acatarse en cuanto tales disposiciones guarden pertinencia con el asunto que ha de resolverse en la controversia particular de que se trate.

CAPITULO 3 LAS PRESTACIONES A CARGO DEL ABOGADO

3.1 La Prestación Principal

La importancia del tratamiento del presente tema radica en que la jurisprudencia de otros países, y concretamente la española, ha empezado a efectuar pronunciamientos en los cuales se introducen consideraciones atientes a la responsabilidad de abogados, por casos distintos a los obvios en los cuales el deber de indemnizar deriva del

vencimiento de la oportunidad legalmente establecida para la realización de determinados actos procesales.

Se juzga ahora, desde el punto de vista de la diligencia profesional, la forma en la cual se articulan y sustentan las pretensiones de la demanda, o se define la estrategia defensiva, en términos del derecho sustantivo, con lo cual se evalúa el cumplimiento por parte del profesional del deber de conocer la disciplina que practica, y en el caso del abogado, el Derecho.⁵⁰

Cualquiera que sea la labor encomendada al abogado, incluso aquellas que por su cometido resultan plenamente asimilables con las propias del mandato, como el encargo de adquirir un cierto bien, lleva ínsita como parte integrante de la obligación asumida por el profesional, el deber de conocer el derecho.⁵¹

La citada obligación encuentra fundamento normativo en nuestro ordenamiento en el aparte inicial del literal i) del artículo 34 de la ley 1123 de 2007 y en el ordinal 4 del artículo 28 de la ley 1123 de 2007, aún cuando, en ausencia de un texto expreso, sería de aplicación por virtud de lo dispuesto por el art 1603 del C.C., como quiera que ha de

⁵⁰ CRESPO MORA Maria Carmen La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Págs. 110 y siguientes

⁵¹ Se ha censurado por la doctrina española la inclusión del conocimiento del derecho dentro de la categoría de las prestaciones accesorias.

considerarse siempre como uno de aquellos asuntos “que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación”.

Señala el literal i) aludido que constituye falta de lealtad con el cliente: “Aceptar cualquier encargo profesional para el cual no se encuentre capacitado, o que no pueda atender diligentemente en razón de compromisos profesionales.”

Por su parte el numeral 4 mencionado incluye como deber profesional del abogado, “Actualizar los conocimientos inherentes al ejercicio de la profesión.”

Sobre la base de que el decreto 196 de 1971, establece en su artículo 3°, que la calidad de abogado se obtiene mediante el correspondiente título universitario otorgado con ajuste a las exigencias académicas y legales, y los artículos 4° y 5° disponen la necesidad del registro profesional vigente como prerrequisito para ejercer la abogacía; la exigencia de una capacitación acorde con el encargo recibido, indica que el cumplimiento de la obligación no se satisface con sólo acreditar el título profesional y la inscripción, por ser tales requisitos un asunto regulado bajo la figura del ejercicio ilegal de la abogacía.

Indica la norma a la cual nos referimos que el abogado está en la obligación de contar con un conocimiento acorde con la complejidad y especialidad del asunto cuya atención se le encomienda, de forma tal

que en el tiempo razonable que anteceda a la actuación efectiva para la cual fue contratado, le sea dado completar la información técnica requerida para el manejo del caso, consideradas sus particularidades.

Estima Maria Carmen Crespo Mora⁵² que la obligación de conocer el derecho se proyecta sobre la totalidad de las fuentes formales, sustantivas o procesales, incluidas aquellas normas cuya existencia debe ser probada (como la costumbre)⁵³, y también la jurisprudencia. En el entendido de la citada autora, la obligación de conocimiento no se proyecta sobre la doctrina.⁵⁴

Por razón de que la obligación de conocimiento cobija normas que están fuera del alcance del principio *IURA NOVIT CURIA*, la extensión del deber del abogado que ejerce la representación dentro de un proceso, es incluso más exigente, por este solo aspecto, que la del juez.⁵⁵

⁵² CRESPO MORA Maria Carmen La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Págs. 113 a 115.

⁵³ En nuestro ordenamiento habría que incluir las normas de alcance sólo local, cuya prueba corresponde igualmente a quien invoca su aplicación.

⁵⁴ También la sentencia STS de octubre 3 de 1998 (RJ 1998, 8587), refiere el cumplimiento de la obligación del conocer el derecho al conocimiento de la ley y la jurisprudencia aplicable. Señala la sentencia: “a lo que está obligado el abogado es, pues, a prestar sus servicios profesionales con competencia y prontitud requeridas por las circunstancias de cada caso (art. 1258 CC). **En esa competencia se incluye el conocimiento de la legislación y jurisprudencia aplicables al caso, y su aplicación con criterios de razonabilidad si hubiere interpretaciones no unívocas.**”

⁵⁵ Tal vez sería pertinente matizar la obligación de conocer la costumbre, cuando ésta no hubiere sido certificada en su existencia por vía general, como es el caso de aquellas costumbres mercantiles, de cuya vigencia dan cuenta las Cámaras de Comercio, en ejercicio de la facultad que les confiere el art. 86 ord. 5º del C. de Co. Aquellas prácticas propias de una actividad específica, ajena a la disciplina del derecho, deberían ser informadas por el cliente al abogado, ante lo cual el deber de diligencia se satisface indagando al cliente sobre la posible existencia de prácticas públicas, uniformes y reiteradas, que permitan resolver la controversia.

Incorre en responsabilidad el abogado que en su desempeño profesional, ejecute la prestación a su cargo, omitiendo la consideración de una norma de derecho positivo, o desatendiendo el sentido de aplicación o interpretación que marca una línea jurisprudencial consolidada.⁵⁶

El criterio para establecer la suficiencia del conocimiento es el ya mencionado de la *lex artis*. Se ha señalado a este respecto que “el estándar o modelo de conducta que debería exigirse en estos casos es la diligencia del buen perito en su grado medio (ya que, cuando de prestaciones profesionales se trata, el modelo del buen padre de familia queda desplazado), por lo que incluso los casos de culpa leve originarían responsabilidad civil (siempre, claro está, que concurren el resto de los requisitos de la misma)”⁵⁷.

El planteamiento postulado por algunos autores⁵⁸ en el sentido de que la responsabilidad profesional del abogado exige de la culpa grave, como elemento que permite entender configurado el error inexcusable, no resulta de recibo en nuestro ordenamiento, en atención a que el artículo 28 de la ley 1123 de 2007, establece como deber a cargo del

⁵⁶ No existe a este respecto un criterio legal para definir el concepto, por lo que habría que entender que el mismo se identifica con un sentido de pronunciamiento sostenido en el tiempo, de forma reiterada, por el máximo tribunal de la jurisdicción respectiva.

⁵⁷ MORA CRESPO Maria Carmen. O.C. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. Pág. 126

⁵⁸ Es el caso de Santos Briz y De Angel Yagüez, para el último de los cuales, para derivar responsabilidad de la emisión de un concepto u opinión se requiere “que hubieren sido emitidos con craso error o con manifiesta extravagancia, frivolidad o falta de fundamento.” Citados por CRESPO MORA Maria Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág. 126

abogado “Atender con celosa diligencia sus encargos profesionales, ...”.

La *lex artis* es un parámetro objetivo, que permite una valoración en abstracto de la culpa⁵⁹, como es lo propio de nuestro sistema de derecho, por constituir un concepto sucedáneo al del buen padre de familia, que, a diferencia de este último, resulta aplicable para la determinación de la diligencia de los profesionales.

Resultan extraños a nuestro ordenamiento los sistema de apreciación de la diligencia en concreto, o si se quiere de apreciación desde el punto de vista subjetivo, por lo que no compartimos la consideración conforme a la cual, por ejemplo, en tratándose de encargos profesionales de especial complejidad, resultaría pertinente atribuir niveles diferenciales de responsabilidad en función directa al grado de versación o especialización de la persona que asume el encargo.

Conforme con este criterio, se ha manifestado que en casos complejos, una persona de sólida formación debería responder casi por cualquier factor que impida la obtención de la finalidad perseguida por el

⁵⁹ “La figura del buen padre de familia, de derivación romana y teorizada sobre todo en el derecho post-clásico y justineano, responde a la necesidad de los Códigos modernos de encontrar la referencia a un sólo grado de diligencia exigible al deudor en el cumplimiento de sus obligaciones y que viene medida en relación con un tipo abstracto de hombre.

Este modelo del <buen padre de familia> va adquiriendo creciente importancia como figura que, siempre que aparezca referida a una conducta materialmente idónea, cumple la función de objetivación de la diligencia exigible a cualquier deudor. Se erige en el modelo de diligencia por excelencia, en cuanto que es un modelo universal y abstracto, que ha sido recogido en distintos textos legales civiles.” Serra Rodríguez Adela. La responsabilidad civil del abogado. O.C. Pág. 34

acreeador, mientras que un profesional de formación media, sería evaluado en su diligencia con el rasero habitual.⁶⁰

Tal consideración resultaría justificada en la prestación de servicios de salud, y concretamente en la atención médica, que legalmente ha sido organizada para prestarse considerando distintos niveles de atención, que se conectan entre sí, mediante obligatorias referencias o contraferencias, cuando el caso desborda la capacidad de reacción del nivel que presta la atención inicial o de emergencia.⁶¹

⁶⁰ MARIA ANGELES PARRA LUCAN y FERNANDO REGLERO CAMPO proponen la aplicación de un criterio subjetivo para el establecimiento del obrar diligente del abogado no sólo en los casos de especial dificultad, sino como criterio general, en consideración al distinto nivel de formación de los abogados y al hecho conforme al cual el sistema español permite a cualquier abogado que ha obtenido la licenciatura y gestionado su colegiación, ejercer la profesión ante cualquier operador de justicia en el campo judicial o administrativo, sin restricciones en aplicación del art. 8º del ESTATUTO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA. A tal respecto han señalado: “Ello impide hablar de un canon objetivo de diligencia (el del buen padre de familia; en este caso, la diligencia exigible a un abogado medio), y considerar aplicable uno subjetivo (*quam in suis*), de modo que la negligencia del abogado habrá de medirse atendiendo a su nivel de pericia. De esta forma, donde podría hablarse de conducta negligente en ciertos abogados, no podría hacerse lo propio en otros.”

A continuación anotan los autores que “No obstante, la jurisprudencia habla de un particular deber de diligencia del abogado. Así lo hace la STS de 4 febrero 1992 (RJ 1992, 819), según la cual los arts. 53 y 54 del Real Decreto 2090/1982, de 24 julio, del Estatuto General de la Abogacía (actual art. 42 del EGAE) imponen al abogado actuar con diligencia, *cuya exigencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia* dados los canones profesionales recogidos en su Estatuto y que sirven de buena y estricta medida de su actuación.” PARRA LUCAN Maria Angeles y REGLERO CAMPO Fernando. La responsabilidad civil de los profesionales del derecho. tratado de responsabilidad civil. tomo II parte especial primera. THOMSON ARANZADI, Págs. 830 y 831.

⁶¹ DECRETO 2759 DE 1991. (diciembre 11).Diario Oficial No. 40.218, del 12 de diciembre de 1991. Por el cual se organiza y establece el régimen de referencia y contrarreferencia. EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, en ejercicio de la facultad que le confieren la Constitución Política, artículo 334 y la Ley 10 de 1990., artículo 1o., literal m), DECRETA:

ARTICULO 1o. DEL AMBITO DE APLICACION. El Régimen de Referencia y contrarreferencia es de obligatorio cumplimiento para las entidades del subsector oficial señaladas en el artículo 5o., numeral 1, literales a), b) y c) de la Ley 10 de 1990, y para las del subsector privado con las cuales tenga el Estado contrato celebrado para la prestación de servicios de salud o que participen en las formas asociativas, dentro del proceso de integración funcional.

Las entidades a que se refiere el literal d) del numeral 1o. del artículo 5o. de la Ley 10 de 1990, deben aplicar las normas del Régimen de Referencia y contrarreferencia en los términos que establece el artículo 4o. de la citada ley.

ARTICULO 2o. DE LA DEFINICION. El régimen de Referencia y contrarreferencia, es el Conjunto de Normas Técnicas y Administrativas que permiten prestar adecuadamente al usuario el servicio de salud, según el nivel de atención y grado de complejidad de los organismos de salud con la debida oportunidad y eficacia.

Pero no es tal el caso del derecho. El abogado tiene el deber de rechazar los casos cuya complejidad exceda su nivel de experticia⁶², lo cual se mide en el momento de la contratación; pero, una vez tomado el caso o asumido el encargo sin violación del deber aludido, no vemos razón para juzgar con mayor severidad a un profesional, por el sólo hecho de haber obrado diligentemente procurando fortalecer su formación, para cumplir el deber legal de actualizar su conocimiento.⁶³

Dicha consideración tiene una dinámica que podría catalogarse de inconveniente, puesto que desincentiva la formación del abogado, en la cual el ordenamiento está interesado. Podría no resultar de recibo

PARAGRAFO 1o. El régimen de Referencia y Contrarreferencia facilita el flujo de usuarios y elementos de ayuda diagnóstica, entre los organismos de salud y unidades familiares, de tal forma que se preste una atención en salud oportuna y eficaz.

PARAGRAFO 2o. Se entiende por Referencia, el envío de usuarios o elementos de ayuda diagnóstica por parte de las unidades prestatarias de servicios de salud, a otras instituciones de salud para atención o complementación diagnóstica, que de acuerdo con el grado de complejidad den respuesta a las necesidades de salud.

Se entiende por Contrarreferencia, la respuesta que las unidades prestatarias de servicios de salud receptoras de la referencia, dan al organismo o a la unidad familiar. La respuesta puede ser la contrarremisión del usuario con las debidas indicaciones a seguir o simplemente la información sobre la atención recibida por el usuario en la institución receptora, o el resultado de las solicitudes de ayuda diagnóstica.

PARAGRAFO 3o. El régimen de Referencia y Contrarreferencia incluye las remisiones de usuarios o muestras biológicas, enviadas por los promotores de saneamiento, promotores de salud y otros agentes comunitarios tales como las parteras y los gestores de salud.

ARTICULO 3o. DE LA FINALIDAD. El régimen de Referencia y Contrarreferencia tiene como finalidad facilitar la atención oportuna e integral del usuario, el acceso universal de la población al nivel de tecnología que se requiera y propender por una racional utilización de los recursos institucionales.

⁶² En esto coinciden MARIA ANGELES PARRA LUCAN y FERNANDO REGLERO CAMPO, cuando anotan: “Lo que sucede es que el Abogado deberá tomar en consideración el estado de sus conocimientos, y si estos o su especialización le permiten la dirección letrada de un determinado asunto, de manera que deberá rechazarlo si considera que su formación no le permite esa dirección.” PARRA LUCAN María Angeles y REGLERO CAMPO Fernando. La responsabilidad civil de los profesionales del derecho O.C., Pág. 831.

⁶³ A pesar de que es sistema español es también de apreciación de la culpa en abstracto, este planteamiento podría suscitar al interior del aludido sistema, algún cuestionamiento a partir de la formulación literal del art. 1104 del C.C., que en su inciso primero señala: “La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda **a las circunstancias de las personas** del tiempo y del lugar.” Tal tipo de cuestionamiento resulta más difíciles de ambientar en nuestro sistema.

que la necesaria preparación para la atención de cada asunto, pueda ser considerada con independencia de la formación general que el profesional debe procurar a lo largo de su ejercicio, ya que la experiencia adquirida, como un todo, se integra en la capacidad de juicio del profesional, y de ordinario beneficia al cliente, a pesar de provenir en la mayor parte de desempeños anteriores.

Los cortos y perentorios plazos en los cuales ha de materializar el abogado el fruto de su preparación, lo obligan a reaccionar, en mayor grado con la experticia adquirida, y no puede la misma diligencia que procura dicha experticia, ser fundamento plausible para considerar que el profesional ha cometido una conducta que comprometa su responsabilidad, en casos en los cuales otros profesionales, menos diligentes, resultarían exculpados o absueltos.

La eventual percepción de un honorario mayor por <el especialista>, encuentra fundamento en el deber legal que tiene todo abogado en rechazar los asuntos que no tiene tiempo de atender⁶⁴, y no debería constituirse en fundamento de una responsabilidad más gravosa para el mismo.

Apartándose, por otra vía, de la solución que se comenta, el artículo 2236 del Código Civil Italiano, requiere de la presencia de culpa grave

⁶⁴ Tal como ordena el ordinal 4 de la ley 1123 de 2007. En el mismo sentido dispone el Código de Deontología de los Abogados De La Comunidad Europea, que en el inciso 2° del apartado 3.1.3 señala: “El abogado no podrá encargarse de un asunto si se encuentra imposibilitado para ocuparse de él con la debida rapidez, habida cuenta de sus otras obligaciones.”

o dolo, para entender configurada la responsabilidad, cuando se trate de solucionar problemas técnicos de especial dificultad.⁶⁵

Tratándose de obligaciones de actividad o de medios, como es el caso de aquellas en que la gestión apunta a resolver asuntos de especial complejidad, parecería preferible centrarse en la <regularidad> o <normalidad> del desempeño que se juzga, lo cual se obtiene con el mismo patrón objetivo provisto por el arquetipo que inspira la *lex artis ad hoc*, esto es la diligencia propia del buen perito en su grado medio, sin que sea necesario proponer una solución, para evitar una injusticia, que se funde en adoptar un sesgo inverso.⁶⁶

⁶⁵ Señala el artículo: '*art. 2236 c.c. - a norma del quale, se la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficulta', il prestatore d'opera risponde dei danni solo in caso di dolo e colpa grave - sebbene collocato nell'ambito della regolamentazione del contratto d'opera professionale, e' applicabile, oltre che nel campo contrattuale, anche in quello extracontrattuale, in quanto prevede un limite di responsabilita' per la prestazione dell'attivita' professionale in genere, sia che essa si svolga sulla base di un contratto, sia che venga riguardata al di fuori di un rapporto contrattuale vero e proprio>>.*

⁶⁶ La solución italiana resulta sin embargo comprensible, por cuanto luce hasta cierto punto paradójico, al menos en el mundo del derecho, que se supone en capacidad de resolver cualquiera de los problemas que resultan comprendidos en el objeto que le es propio (lo cual no deja de ser embarazoso), el reconocimiento de que las habilidades del buen profesional en su grado medio no resultan suficientes para abordar un problema determinado.

Siendo la *lex artis ad hoc* el criterio de diligencia básico exigible por vía general en materia de responsabilidad profesional, equiparable por su función con el arquetipo del buen padre de familia, cuya diligencia desecha la culpa leve, en los casos en los cuales el conocimiento y habilidad de un buen profesional en su grado medio (base de la *lex artis*) no permite abordar con éxito la solución del problema, parecería imponerse como consecuencia lógica que solo se responde de la culpa grave.

La aceptación de que el derecho al igual que cualquier otra ciencia o profesión, tampoco es capaz de resolver todos los problemas, y de que menos está ello al alcance de todos los cultores de tales disciplinas, permite salvar la coherencia del planteamiento sugerido en lo que hace a considerar a la *lex artis* como criterio único para medir la diligencia del profesional, cualquiera que fuere el grado de dificultad de la obra o el encargo encomendados.

Si se pretende argumentar que las personas no capacitadas para resolver un problema (entendido como obligación de resultado) deberían abstenerse de aceptar el encargo, habría que considerar a este respecto la necesidad de reconocer una cierta holgura en la exigencia, ya que los problemas de especial dificultad no aquejan solo a las personas con la efectiva posibilidad de contratar un eximio tratadista y menos en el término dentro del cual algunas actuaciones requieren ser realizadas.

Con independencia de la posición que se adopte en relación con el tema anterior, la posibilidad de predicar responsabilidad del abogado por incumplimiento del deber de conocer el derecho se enfrenta con dos dificultades principales, que se concretan en los problemas atinentes a la conformación del nexo causal, y a la relatividad del saber jurídico.

3.1.1 Principales Problemas Para Determinar El Incumplimiento De La Obligación

3.1.1.1 La Conformación del Nexo Causal

La relación de causalidad puede verse comprometida, en muchos casos, por los efectos que produce la aplicación del principio *IURA NOVIT CURIA*, y en general por las limitaciones establecidas por la normatividad procesal, al principio de congruencia, recogido por el art. 305 del C. de P.C.

De conformidad con las instituciones aludidas, el órgano judicial tiene la posibilidad de corregir eventuales omisiones o inadvertencias del abogado, con lo cual la responsabilidad por la causación del daño, puede verse diluida.

No resulta suficiente entonces para los efectos de la responsabilidad, demostrar que el abogado omitió la consideración de una norma o

jurisprudencia en la formulación de su planteamiento, sino que se hace menester establecer además que el perjuicio del cliente, o concretamente, la desestimación de su pretensión o excepción en sede judicial, es la consecuencia directa de dicha omisión culposa.

Para los efectos de lo indicado hay que considerar que el fallador está facultado para interpretar la demanda⁶⁷, o para acoger las pretensiones del actor si encuentra probados los hechos requeridos para sustentar la existencia del derecho pretendido, con independencia de la alegación del apoderado o del entorno normativo en el cual éste las hubiere apoyado.

⁶⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Noviembre 26 de 1986. Magistrado ponente: Héctor Gomez Uribe. “1. Dentro de los presupuestos procesales necesarios para la debida constitución de la relación jurídico-procesal está la demanda en forma, como lo ha sostenido la Corte desde cuando, hace mucho tiempo, acogió la doctrina expuesta por el procesalista alemán Büloro , requisito fundamental para que el juzgador pueda pronunciar sentencia de mérito en las controversias que le someten. El artículo 75 del Código de Procesamiento Civil establece los requisitos que debe reunir la demanda para que se cumpla dicho presupuesto y el 85 ibídem consagra los motivos que dan lugar a su inadmisión o a su rechazo in límine. En el numeral 1o dice que es inadmisibile la que no reúne los requisitos legales, entre los cuales están los fundamentos de derecho en que el demandante apoya su pretensión y que estima aplicables a los hechos que aduce como base de aquella. Pero como es el juez quien debe interpretar el petitum de la demanda y su causa petendi para resolver el litigio a la luz del derecho, cuando el actor se ha equivocado al indicar dichos fundamentos o ha omitido ayudar algunos, no habrá lugar a rechazar si ésta además de ser precisa y clara, en los términos del numeral 5o del precitado artículo 75, tiene asidero en las pruebas presentadas para demostrar los hechos. El que demanda no es entonces quien decide cuáles con las normas aplicables al caso debatido, sino el juez en virtud del poder jurisdiccional que le asiste. En efecto, ha dicho la Corte que, “Es muy posible que el actor haya establecido en su libelo fundamentos de derecho errados para servir de soporte jurídico a la acción incoada, y que haya igualmente citado en apoyo de su derecho litigioso preceptos legales que no lo consagran con la debida claridad, o que no son los que directa y señaladamente consagran. También aceptarse que las razones o causa jurídicas fundamentales de la acción no se hayan aducido por el demandante, pero tales errores de apreciación, aún dándose por demostrados, no alcanzan a modificar en su integridad y en su sustancia la naturaleza del medio judicial coercitivo presentado, y tiene en casos el juzgador, atribución suficiente para reconocerlo y consagrarlo, siempre que haya en el derecho positivo normas legales, que le presten apoyo y fundamento”.

2. En consecuencia de lo expuesto, el Tribunal no incurrió en los errores de hecho que la endilga el recurrente en el cargo séptimo de que se trata, por no haber advertido que los fundamentos de derecho señalados en la demanda y su adición no corresponderían a las disposiciones reguladoras de la responsabilidad contractual, y por no haber dictado sentencia de mérito y no inhibitoria, puesto que tanto las pretensiones de la parte actora como los hechos aducidos por ésta, indican claramente el juzgador que la acción iniciada se originó en el cumplimiento defectuoso del contrato de prestación de servicios profesionales.”

En materia de excepciones, puede igualmente el juez enervar la pretensión del actor declarando probada cualquier excepción, cuyos fundamentos de hecho aparezcan acreditados dentro del proceso, con excepción de las de prescripción, nulidad relativa o compensación, tal como establece el art. 306 del C. de P.C.

Puede además el juez, en beneficio de cualquiera de las partes, decretar pruebas de oficio (art. 180 C. de P.C.), con la sólo limitación que le impone el art. 179 del C. de P.C., en punto a la prueba testimonial.⁶⁸

En ese contexto el juez debería acoger la pretensión o declarar probada la excepción, con las restricciones anotadas, si dentro del proceso se encontraren probados los hechos pertinentes, con lo cual, en cierta forma, el deber de conocimiento del derecho se desplaza, para efectos prácticos, hacia la determinación de una suficiencia probatoria.⁶⁹

Se destaca que por virtud de lo dispuesto en el texto original del art. 40 del C. de P.C., el juez sólo comprometía su responsabilidad civil frente

⁶⁸ ARTÍCULO 179. PRUEBA DE OFICIO Y A PETICION DE PARTE. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno. Los gastos que implique su práctica serán a cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.

⁶⁹ Controversial, desde el punto de vista de la responsabilidad, resultaría la situación en la cual la <abundancia> de prueba producida por un abogado, terminara perjudicando a su poderdante. Habría que determinar si es tal situación, el hecho de haberse dictado una <sentencia justa>, en cuanto fundada en la verdad, podría considerarse como base para el surgimiento de la responsabilidad de uno de los abogados intervinientes en el proceso.

a las partes cuando incurría en dolo, fraude, abuso de autoridad, omisión o retardo injustificado, o en general en <error inexcusable>, por lo que en atención a lo expuesto, habrían de producirse respecto de la víctima del daño, zonas grises en las cuales el abogado no responde por cuanto el material probatorio hubiera permitido al juez dictar sentencia en sentido diverso, con lo cual se rompe el nexo causal respecto del abogado; con la particularidad de que el juez tampoco ha de responder por no configurarse un error de la entidad que resulta determinante de responsabilidad.⁷⁰

En el entendido de la Corte Constitucional,⁷¹ el citado artículo fue derogado tácitamente por los artículos 65 a 74 de la ley 270 de 1996, en

⁷⁰ Analizando un caso análogo, también desde el punto de vista de las dificultades de entender configurado el nexo de causalidad, concretamente referido a la situación en la cual el perito incurre en un error dentro de dictamen, que no es advertido y enmendado en sus efectos por el juez, De Angel Yagüez plantea que la situación descrita no rompe el nexo causal, y que se puede producir la responsabilidad de ambos, perito y juez.

Señala el autor: “En otras palabras: no creo que el hecho de que el informe pericial tenga como finalidad ilustrar al juez en materias científicas o técnicas ajenas a su saber, constituya motivo para que el perito sea inmune a las reglas sobre responsabilidad por hecho ilícito dañoso en general, y en concreto por actuación profesional negligente o culposa.

Lo que ocurre es que el examen y la valoración de los requisitos del acto generador de responsabilidad (así como de sus consecuencias) pueden entrañar particularidades que es necesario contemplar.

No descarto que el juez pueda incurrir en responsabilidad, en lo que a los hechos y su valoración se refiere, cuando, a pesar de tener que fundar su convicción en un dictamen pericial, lo hace con crasa equivocación. En otros términos, cuando el error del perito es notorio, evidente, o “clamoroso” como a veces se dice.

Quiero decir con ello que no cabe descartar la responsabilidad civil del perito y del juez a la vez, si bien no es fácil encontrar instrumentos procesales que permitan demandar indemnización por ambos conceptos y por una sola vía.” DE ANGEL YAGÜEZ Ricardo. <Responsabilidad por informar>. Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio, obra coordinada por Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2000, Pág. 197

⁷¹ Sentencia C-244A-96 del 30 de mayo de 1996, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo. En los considerandos de la Sentencia la Corte menciona: "En efecto, debe reiterarse que, si bien no toda modificación o derogación de la norma demandada implica la inhibición de la Corte para pronunciarse de fondo sobre su constitucionalidad, pierde sentido jurídico y práctico cualquier decisión al respecto en aquellos casos en los cuales el legislador ha regulado íntegramente la materia de la que se ocupaba el precepto acusado, el cual, por lo mismo, deja de tener aplicación en cuanto es subsumido por las nuevas normas.

Tal ocurre en el presente proceso, pues el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil -a cuyo tenor los jueces y magistrados responden por los perjuicios que causen a las partes cuando procedan con dolo, fraude o

la cual se efectuó un tratamiento integral de la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios o empleados judiciales por la administración de justicia, habiéndose dispuesto que la responsabilidad personal de estos últimos habría de determinarse mediante la acción de repetición, sin perjuicio de la acción civil dentro del proceso penal (art. 72), o a través de llamamiento en garantía formulado por la entidad oficial demandada, en el proceso que se le promueva por el particular a consecuencia de fallas en la administración de justicia.

Es de destacar que la responsabilidad particular del funcionario judicial, y concretamente del juez, fue establecida con menor rigor que la propia del estado, tal como se desprende de lo dispuesto por el art. 71 de la ley, cuyo texto es el siguiente: "ARTÍCULO 71. DE LA RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO Y DEL EMPLEADO JUDICIAL. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial por un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

abuso de autoridad, cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto, o cuando obren con error inexcusable- ha sido subrogado en su integridad por el Capítulo VI del Título III de la Ley 270 del 7 de marzo de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia-, en cuyos artículos 65 a 74 se regula la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales. Estos, de conformidad con el artículo 72 *Ibídem*, responden a su vez ante el Estado, previa acción de repetición, por su conducta dolosa o gravemente culposa que haya dado lugar a la condena".

- Mediante sentencia del 12 de Septiembre de 1996, proferida con ponencia del Magistrado Pedro Lafont Pianetta, la Corte Suprema de Justicia predicó la aplicación ultractiva del artículo 40 del C. de P.C., respecto de todos los procesos que hubieren terminado con anterioridad al 15 de Marzo de 1996, fecha de entrada en vigor de la ley 270 del 7 de marzo de 1996.

Para los efectos señalados en este artículo, se presume que constituye culpa grave o dolo cualquiera de las siguientes conductas:

1. La violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable.
2. El pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos en la ley o sin la debida motivación.
3. La negativa arbitraria o el incumplimiento injustificado de los términos previstos por la ley procesal para el ejercicio de la función de administrar justicia o la realización de actos propios de su oficio, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.”

Parecería que el denominado “error inexcusable” que compromete la responsabilidad personal del juez, en cuanto modalidad del dolo o la culpa grave, es diferente del error que compromete la responsabilidad civil del abogado, toda vez que como se anotó anteriormente el parámetro de medición de la diligencia debida por éste, es la *lex artis*, referida al comportamiento propio de un profesional idóneo, en su grado medio.

3.1.1.2 La Relatividad Del Saber Jurídico

Incluso en los casos en los cuales los planteamientos del abogado no resulten susceptibles de enmienda por parte del juez, tampoco es

ineludible que tales planteamientos determinen la responsabilidad del profesional del derecho, ya que el resultado final del proceso es el producto del acto de autoridad del fallador. Ha anotado a este respecto el TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, “Además, ha de tenerse en cuenta que el abogado no puede ser responsable de un acto de tercero (el órgano judicial), que puede estar o no de acuerdo con la tesis y argumentaciones que hayan formulado en defensa de los intereses encomendados.”⁷²

Consiste el problema de la relatividad del saber jurídico, en el hecho de que nuestra disciplina no es una <ciencia exacta>, de forma que pueda determinarse con certeza cuál opinión o planteamiento es verdadero y cuál no lo es.

La aludida característica del saber jurídico, deriva no sólo de la textura hipotética de los preceptos, sino también de la necesidad del derecho de amoldarse a las cambiantes circunstancias de la realidad que ha de regular; y, en parte, de la propia dinámica del conocimiento, que igualmente evoluciona al compás de la producción de los estudiosos de la disciplina.

El establecimiento de la conducta negligente, dentro del mundo de lo <opinable>, puede efectuarse con apoyo en dos criterios, que resultan

⁷² STS. Octubre 3 de 1998. (RJ 1998, 8587)

de mayor o menor utilidad, dependiendo del grado de certidumbre que existe sobre el conocimiento respectivo.

En el terreno de <lo discutible> el criterio de mayor utilidad es el de <razonabilidad suficiente>; y en el campo de lo indubitado los errores del abogado habrán de establecerse con base apoyo en el <interés del cliente>.

En el plano de lo discutible, no toda diferencia que se advierta entre el planteamiento del abogado y la sentencia definitiva, debe considerarse como una forma de negligencia, así como se ha entendido en el terreno de la responsabilidad profesional, respecto de cultores de ciencias que no son exactas, que el simple error resulta insuficiente para determinar el surgimiento de la responsabilidad.

Se anota que el verdadero factor determinante del surgimiento de responsabilidad es la negligencia y no el mero error, por lo que algunos errores considerados excusables (o no culpables) no comprometen la responsabilidad del profesional.

Se ha indicado con relación a la responsabilidad médica, que el error de diagnóstico, no siempre compromete la responsabilidad del médico, ya que la obligación de conocimiento no se extiende a garantizar la infalibilidad. Si ello es así en la medicina, donde la existencia del error se hace evidente, a posteriori, por confrontación con datos objetivos

susceptibles de observación, con mayor razón habrá de serlo en materia de derecho, donde el concepto de <verdad> es todavía más inasible.⁷³

Una posición divergente de la acogida o sentada en la sentencia definitiva, pero que se encuentre sólidamente fundada, ni siquiera debería considerarse como un error, ya que la sentencia definitiva está llamada a prevalecer por consideraciones de autoridad y orden, y no necesariamente por que su contenido resulte materialmente indiscutible.

⁷³ Señala a este respecto YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. La responsabilidad civil del profesional liberal. O.C. Págs. 296 y 297: “Ha sido en el campo penal donde más se ha discutido sobre la imputabilidad del error profesional, y especialmente en lo que se refiere al error de diagnóstico médico. Como recuerdan Romeo Casabona y Bosi Benucci, algunos autores han llegado a afirmar que no podía imputarse al médico el error en cuanto a diagnóstico pronóstico. De hecho. El Tribunal Supremo (sala segunda), en sentencia de 8 de octubre de 1963, indica que para que se origine la responsabilidad criminal médica no basta con errores de diagnóstico, pues no es exigible la infalibilidad; por ello <pudo lícitamente errar (el procesado) en el diagnóstico sobre la conveniencia y facilidad de la operación>.

Sin embargo la opinión generalizada viene a entender que el error, si bien por sí sólo no engendra responsabilidad, no la excluye en cambio (antes bien, la determina), el que es fruto de la negligencia. Puede el error profesional mantenerse en ciertos casos dentro de los límites de lo tolerable, como indicó la sentencia del tribunal de casación italiano de 13 de enero de 1954. <hay enseñanzas metodológicas y cursos de estudios sobre enfermedades que al indicar las vías más seguras para alcanzar el diagnóstico científicamente más probable, constituyen los límites técnicos dentro de los cuales pueden desenvolverse la función discrecional del médico. El facultativo que yerra rebasando tales límites no puede invocar la impunidad debida a la libertad de diagnóstico e incurre en responsabilidad por razón de la culpa.

El error de diagnóstico no entrañará así responsabilidad si el médico no poseía ni pudo procurarse los elementos necesarios. Pero será responsable del error si, como dice SAVATIER, <diagnosticó a la ligera, ignorando y no haciendo uso de los datos necesarios o simplemente útiles, y sin haber recurrido a los procedimientos de control e investigación exigidos por la ciencia>. Recordando los pronunciamientos de la jurisprudencia Argentina, reconoce BUERES que la medicina es una rama del saber donde predomina la materia opinable, por lo que resulta difícil fijar contornos precisos para limitar qué es lo correcto y qué no lo es. No puede – prosigue – pretenderse una técnica perfecta, sino la que emane de la experiencia universal y el buen sentido. En suma <será responsable por *razón de su culpa* en caso de que cometa un error objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase. Pero si el equívoco es de apreciación subjetiva por el carácter discutible u opinable del tema o materia, el juez no tendrá, en principio, elementos suficientes para inferir la culpa.”

El problema, como se ve, vuelve a reconducirse a la cuestión de la culpa. Siendo la actividad diligente el auténtico objeto de la obligación de medios, es la culpa, y no el error, lo que genera incumplimiento.” (He subrayado)

Habiendo escogido el abogado una postura diferente a la formulada en la sentencia definitiva, tampoco incurrirá en culpa, si su planteamiento está revestido de una <razonabilidad mínima>, toda vez que en tal caso habrá incurrido en lo que se denomina un <error excusable>.

Finalmente si el planteamiento del abogado no guarda un mínimo siquiera de razonabilidad habrá cometido un <error inexcusable>, y su conducta debe considerarse contraria a la diligencia debida.

Se reitera que el parámetro para establecer la razonabilidad mínima, es el criterio objetivo y abstracto del <profesional idóneo>, y, así, carece de razonabilidad mínima, el planteamiento que ningún abogado idóneo hubiera postulado, bajo ninguna consideración, atendiendo las circunstancias del caso.

Si se trata ya de un campo donde la solución del derecho debe considerarse fuera de toda duda (indubitado), habría que considerar que si dicha solución es favorable al interés del cliente, el abogado no debería apartarse de la misma, sin incurrir en culpa, salvo que lo haga para introducir algunos matices con el fin de intentar obtener un mayor beneficio para su cliente, cuya posición no debe en todo caso sacrificar de forma significativa.

Ahora bien, si la posición indudable de la jurisprudencia disponen en contra de los intereses del cliente, el abogado de este, previa

advertencia de ello al cliente, tiene el deber de apartarse de tal postura y de combatirla, para intentar que la misma resulte finalmente modificada, pero sin agravar la situación de su mandante.

La actuación del abogado ha de estar precedida de la requerida información al cliente, sobre el nivel de dificultad de la gestión y sobre el restringido grado de posibilidad de obtener éxito.

En lo relativo a encargos judiciales, parecería que no fuera de recibo pactar niveles de diligencia superiores al legalmente dispuesto, toda vez que ello podría tenerse como una modalidad encubierta de pacto orientado a garantizar las resultas del proceso, el cual en nuestro ordenamiento tiene objeto ilícito, por encontrarse expresamente prohibido por la ley.⁷⁴

Todo lo antes dicho hace referencia a la obligación de conocer el derecho, siendo de advertir que la representación judicial se descompone en un serie de obligaciones que integran el espectro de lo contratado, algunas de las cuales, como la de ejercer en oportunidad los actos procesales, puede considerarse como de resultado.

El desconocimiento del derecho se suele materializar en la omisión de los elementos relevantes en los escritos judiciales, como sería el caso de omitir la formulación de una pretensión a cuyo reconocimiento judicial

⁷⁴ Artículo 34, literal b) de la ley 1123 de 2007, en armonía con el art 1523 del C.C.

el cliente tuviera derecho, o la no invocación y prueba de una determinada calidad de una de las partes, que de considerarse por el juez hubiera resultado determinante de un tratamiento jurídico más favorable para la misma.

3.2 Las Prestaciones Accesorias

3.2.1 el deber de informar

3.2.1.1 El concepto general de información

Los estudios sobre el tema suelen entender la comunicación, en su manifestación más simple, como un acto, que puede a su vez insertarse en un proceso interactivo entre sujetos diferentes.

El referido concepto se descompone en diversos elementos, a saber:

Los sujetos, que son el emisor y el receptor; el mensaje, que integra el objeto de la comunicación; el lenguaje o código empleado para transmitir el mensaje; el canal utilizado para la transmisión; y finalmente el contexto dentro del cual el acto comunicativo se realiza, y que permite precisar el sentido del mensaje.

La información, como tal hace parte del mensaje, no obstante lo cual, "Si bien se encuentra dentro del mensaje no puede ser confundido con él. El mensaje es el pensamiento, la idea, la actitud, el hecho, la imagen

que el emisor desea transmitir al sujeto o a la audiencia que pretende alcanzar.”⁷⁵

Bien por el contrario se entiende por información la parte del mensaje caracterizada por su originalidad, al respecto de lo cual se ha manifestado: “La novedad, la originalidad es lo que mide la magnitud y el valor de la información. El merito de esta dependerá del mayor o menor desconocimiento que el receptor tenga del contenido de mensaje. Tan es así que cuando el destinatario tiene conocimientos de la esencia del mensaje, la información puede transitar por los diversos grados de la insignificancia. En este sentido la información es la medida de la originalidad de un mensaje.”⁷⁶

Al cumplir su función principal, que es establecer relaciones entre personas, como desprendimiento de la pulsión social de las mismas, la comunicación adquiere carácter bidireccional, a consecuencia de lo cual “el fenómeno de la retroalimentación se produce constantemente.”⁷⁷

Tal como luego se destacará en el tratamiento del tema, la novedad como distintivo esencial de la información y la reciprocidad propia del proceso, son conceptos que habrán de determinar la medida e

⁷⁵ OSSOLA Federico y VALLESPINOS Gustavo. La obligación de informar. Editorial Advocatus. Córdoba, 2001, Pág.48.

⁷⁶ OSSOLA Federico y VALLESPINOS Gustavo. La obligación de informar. Editorial Advocatus. Córdoba, 2001, Pág.49.

⁷⁷ OSSOLA Federico y VALLESPINOS Gustavo. La obligación de informar. Editorial Advocatus. Córdoba, 2001, Pág.37.

interdependencia de los deberes de información en la relación entre el abogado y su cliente, lo cual no conduce a dejar de lado la denominada <asimetría informativa>⁷⁸ existente entre los contratantes, derivada de la disparidad de conocimientos especializados, que es precisamente lo que el deber de información pretende paliar.

3.2.1.2 El deber de información del abogado

El deber precontractual o contractual de información que pesa sobre el abogado, se inserta dentro del capítulo general de la responsabilidad por informar, que ha suscitado gran interés en la doctrina de un tiempo acá⁷⁹, fundamentalmente por la consideración inicial, apoyada en disposiciones particulares de algunos ordenamientos, formuladas en el sentido de que el mero acto de informar o aconsejar no era determinante de responsabilidad para quien suministrara la información o consejo, tal como señalan en nuestro ordenamiento los artículos 2145 y 2147 del C.C..

Las citadas disposiciones, establecidas básicamente en consideración a informaciones o consejos <benévolos>, apuntaban en el sentido de relevar de responsabilidad a quien los provee, guardándose de dejar a

⁷⁸ OSSOLA Federico y VALLESPINOS Gustavo. La obligación de informar. Editorial Advocatus. Córdoba, 2001, Pág.101 OSSOLA Federico y VALLESPINOS Gustavo. La obligación de informar. Editorial Advocatus. Córdoba, 2001, Pág.48..

⁷⁹ Ver a este respecto el trabajo de DE ANGEL YAGÜEZ Ricardo, <Responsabilidad por informar>. Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio, obra coordinada por Moreno Martinez, Dykinson, Madrid, 2000.

salvo la posible responsabilidad cuando la información o el consejo son provistos en ejecución de una relación contractual.⁸⁰

El deber de informar en la etapa de formación del consentimiento, fue acuñado en épocas relativamente recientes a consecuencia del surgimiento de manifestaciones económicas y sociales tales como la gran empresa con la consecuente necesidad de homogenizar los procesos de distribución de bienes y servicios; las formas de contratación masiva; y la alta tecnología de los productos, que impide al potencial adquirente establecer por si solo la utilidad que el mismo habría de reportarle en caso de adquirirlo.⁸¹

Las distintas condiciones antes referidas dieron surgimiento a un tipo de economía caracterizada por la existencia de relaciones trabadas

⁸⁰ Tal es el caso de los artículos 676 del código civil alemán y 485 del código civil portugués, que señalan.

Código Civil Alemán, parágrafo 676: *“quien da a otra persona un consejo o recomendación, no queda obligado, sin perjuicio de la responsabilidad resultante de una relación contractual o de un acto ilícito, a la reparación del daño derivado del hecho de haberse seguido el consejo o la recomendación”>>*

Artículo 485 del Código Civil Portugués: *“consejos, recomendaciones o informaciones 1. Los simples consejos, recomendaciones o informaciones no responsabilizan a quien los da, aunque haya negligencia por su parte. 2. La obligación de indemnizar existe, sin embargo, cuando se haya asumido responsabilidad la responsabilidad por los daños, cuando se tenga el deber jurídico de dar el consejo, la recomendación o la información y se haya procedido con negligencia o intención de perjudicar, o cuando la conducta del agente constituya hecho punible”>>.*

⁸¹ No obstante lo anotado, el fundamento del deber en la órbita del derecho privado, que radica en el deber general de conducir la conducta en la etapa preparatoria del contrato, de forma que se satisfagan las exigencias de la buena fe, recibió consagración positiva en nuestro ordenamiento desde el mismo Código de Comercio, conforme se aprecia en los artículos 863 y 871. Es de destacar igualmente que la doctrina española encuentra fundamento constitucional al deber de información, incluso en el señalamiento de que el sentido general del referido ordenamiento es el de un <estado social>. Encuentran también fundamento en el deber de protección al consumidor y en el tratamiento del derecho a la igualdad, consideraciones todas estas que podría resultar de recibo en nuestro ordenamiento, habida consideración de que nuestra constitución política consagra igualmente, y con sentido análogo, dichas figuras. Véase a este respecto, GOMEZ CALLE Esther- Los deberes precontractuales de información Editorial La Ley. 1994.

entre personas dotadas de desigual capacidad en los aspectos técnicos y económicos.

A fin de responder ante las referidas situaciones de desigualdad, fundamentalmente al interior del derecho del consumo, fue necesario tener por existente un deber específico de información en la etapa precontractual, que permitiera equilibrar la posición inicial de las partes entre las cuales se proyecta celebrar un contrato.

En punto al fundamento jurídico del deber precontractual de información, Esther Gómez Calle, ha anotado:

“Desde la perspectiva jurídica, es usualmente admitido que el fundamento de estos deberes de información se halla en la buena fe, que ha de presidir la actuación de las partes también en la fase precontractual. La presencia de las exigencias de la buena fe en esta fase ya se admitió en derecho romano, aunque, al parecer, con una virtualidad bastante restringida, para excluir sólo los casos de dolo grave (engaños), ya que el campo de los tratos precontractuales estaba presidido por ideas individualistas.”

“Ese principio de individualismo impera en la época de la codificación decimonónica; si entonces se concebía el contrato como el resultado de un acuerdo de voluntades libre, entre dos partes en igualdad de condiciones, es claro que, desde este punto de vista, la información en

la etapa precontractual había de considerarse (en la misma línea que en Roma) como una tarea propia de cada uno de los (futuros y eventuales) contratantes, únicos tutores de sus propios intereses, que se encuentran, además, en contraposición a los del otro. De ahí que en los Códigos del XIX el tema de la información precontractual solo se tocara indirectamente (por ejemplo, desde la perspectiva de los vicios del consentimiento -dolo, error-, o desde la del silenciamiento de ciertos datos en el marco de determinadas relaciones obligatorias) y que no se consagrara un deber general de información, deber que tampoco se ha aceptado en el derecho inglés. De hecho, este es el planteamiento inicial de muchos de los autores y de las decisiones judiciales que en la actualidad se han ocupado del tema. Llegándose a señalar que la esencia del comercio y de los negocios en una economía de libre empresa y en la que hay libertad de contratar es que las partes se hallen en pie de igualdad, sin que ninguna tenga la obligación de asistir a la otra.”⁸²

Es curioso que en el campo de las relaciones de las profesionales con sus clientes, signadas desde antaño por la existencia de una evidente disparidad, al menos desde el punto de vista del conocimiento específico sobre los aspectos que serán objeto del contrato, no hubiera sido advertida con anterioridad la necesidad de introducir factores de equilibrio en la relación.

⁸² GOMEZ CALLE Esther- Los deberes precontractuales de información Editorial La Ley. 1994. Páginas 12 y 13..

Es probable que la necesidad de restablecer la asimetría entre las partes no se hiciera evidente, toda vez que en el papel que la sociedad reconocía a los profesionales liberales, estaba sobreentendida una función de consejo, inserta en un aspecto de la relación de carácter eminentemente personal y, por tal, deliberadamente colocada al margen de los aspectos propiamente negociales.

Dicho componente estrictamente personal, no cobijado por la remuneración correlativa al servicio, contribuía sin duda a reforzar el reconocimiento social brindado a quienes cultivaban con decoro tales disciplinas.⁸³

Posteriormente, al compás de los intentos por extender la cobertura de los servicios, y a consecuencia de la creciente especialización, los componentes personales de la relación se han ido debilitando, al abrirse paso la prestación de servicios profesionales también mediante formas de contratación masiva.

Con todo, incluso en los tiempos en los cuales la sociedad no se sentía amenazada por sus profesionales liberales, lo cual era posible cuando aún se concebían propósitos colectivos diferentes del lucro, la

⁸³ Recuérdense a este respecto la dificultad inicial, dentro del derecho Romano por hacer coexistir la remuneración con la figura del mandato.

protección jurídica del derecho a recibir información de los profesionales no carecía de fundamento.⁸⁴

En síntesis, la relevancia social del deber de información precontractual se ha predicado con énfasis respecto de los profesionales, cuando las condiciones de disparidad objetiva entre los contratantes potenciales antes que incrementarse se han reducido, a consecuencia de la elevación del nivel educativo general de la población, tal vez como consecuencia de la falta de confianza en la eficacia o si se quiera en la subsistencia misma de los componentes <personales> de la relación.

No obstante la consagración expresa de responsabilidad en el entorno del cumplimiento del contrato, tal vez por la preeminencia de la cual gozaban los profesionales liberales dentro de la sociedad, el hecho es que hasta épocas relativamente recientes no se formulaban reclamaciones a profesionales con base en el incumplimiento dañoso del deber de información.

La citada situación empezó a modificarse al compás de la profusa regulación de que ha sido objeto el deber de información respecto de los profesionales de la salud, para procurar la conformación de un

⁸⁴ Que otro sentido puede tener el texto del art. 2175 del C.C. que establece responsabilidad del mandatario, incluso cuando sigue las instrucciones del mandante que determinan un notorio perjuicio para este. Es evidente entonces que el profesional liberal ha tenido siempre el deber jurídico de ilustrar a su cliente sobre la conveniencia de aquello que este se propone realizar, aún antes de definir los contornos del encargo que constituye el objeto del contrato. El texto de artículo es el siguiente: “El mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente pernicioso al mandante.”

consentimiento informado, movimiento que se ha seguido a distancia por otras disciplinas dentro de las cuales se cuenta el Derecho.

El retardo advertido en la evolución de la responsabilidad del abogado respecto del deber de información, es atribuido por la doctrina a “una falta de concienciación de la sociedad que contrata los servicios profesionales del abogado, de exigirle, aparte de la ejecución del *facere* diligente, que además sea profusamente informado sobre el mismo.”⁸⁵; así como al hecho conforme al cual, “en la mayoría de los casos de conducta negligente del letrado, ... el cliente perjudicado con esta conducta no llega a ser consciente de ello.”⁸⁶

Concretamente en el caso de España, la primera sentencia del Tribunal Supremo, relativa al deber de información de profesionales sanitarios fue dictada el 25 de abril de 1994, y, con respecto a los abogados, las primeras se dictaron en marzo 25 de 1998 y mayo 14 de 1999, existiendo otra sentencia de mayo 4 de 1999, que trata el tema de manera tangencial.⁸⁷

3.2.1.3 Fundamento Normativo Del Deber de Información

⁸⁵ CERVILLA GARZÓN María dolores. <La obligación de información del abogado.> Revista General de Derecho. Número 676-677, Enero –febrero 2001, Pág. 96.

⁸⁶ CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág. 147.

⁸⁷ CERVILLA GARZÓN María Dolores. <La obligación de información del abogado.> O.C. Págs. 97 a 104..

A diferencia de lo que acontece, por ejemplo en el ordenamiento jurídico español⁸⁸, donde la obligación de informar que soportan los abogados no ha sido establecida de manera directa por un texto legal, en Colombia la obligación de información del abogado encuentra consagración expresa en el artículo 28 ordinal 18 de la ley 1123 de 2007, que la recoge dentro de la enumeración de los deberes del abogado.

De conformidad con el precepto aludido, es deber del abogado:
“Informar con veracidad a su cliente sobre las siguientes situaciones:

- a) Las posibilidades de la gestión, sin crear falsas expectativas, magnificar las dificultades ni asegurar un resultado favorable;
- b) Las relaciones de parentesco, amistad o interés con la parte contraria o cualquier situación que pueda afectar su independencia o configurar un motivo determinante para la interrupción de la relación profesional;

⁸⁸ Según CERVILLA GARZÓN María Dolores. <La obligación de información del abogado.> O.C. las primeras sentencias del Tribunal Supremo español, establecen como fundamento de la obligación contractual de información del abogado, la predicada existencia de un deber de <fidelidad>, que entiende soportado en el art. 1258 del C.C., disposición equivalente a nuestro art. 1603 C.C. (STS 25 Marzo 1998 RJ 1998, 1651); y en la interpretación armónica de los artículos 9, 53 y 54 del ESTATUTO GENERAL DE LA ABOGACIA, el segundo de los cuales es una virtual transcripción del art. 1258 a la situación del abogado. Entiende CERVILLA GARZÓN que ambas justificaciones resultan equivalentes en sus efectos por remitir en últimas al concepto de *lex artis ad hoc* (Págs. 97 a 104). Ensayo como fundamento adicional las disposiciones de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, que entiende aplicables, de forma directa, a la mayoría de las relaciones, cuando el contratante de los servicios legales, tenga el carácter de consumidor. (Pág. 91), y por vía analógica a los demás casos. <Responsabilidad civil del abogado por incumplimiento del deber de información. Comentarios a la STS de 14 mayo 1999 (RJ 1999, 3106)> REVISTA DE DERECHO PATRIMONIAL. Año 2000-1, Pág. 283. Otro fundamento al cual se refiere es el art. 1720 del CC que consagra el deber de rendir cuentas dentro del contrato de mandato. <La obligación de información del abogado.> O.C. Pág. 93

- c) La constante evolución del asunto encomendado y las posibilidades de mecanismos alternos de solución de conflictos.”⁸⁹

También las normas del mandato, a las cuales por previsión del art. 2144 del C.C. han de sujetarse “Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona”, se estructuran sobre la base de la existencia del aludido deber de informar, como presupuesto indispensable para que el mandante emita las instrucciones que son connaturales al encargo, tal como se desprende de lo establecido en los artículos 2157 a 2160 del C.C..⁹⁰

⁸⁹ Las dos primeras corresponden a información que ha de suministrarse en la etapa precontractual, y la última ha de transmitirse en curso ya de la relación contractual.

⁹⁰ ARTICULO 2157. <LIMITACION DEL MANDATO>. El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen a obrar de otro modo.

ARTICULO 2158. <FACULTADES DEL MANDATARIO>. El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración, como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores, intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra, y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas u otros objetos de industria que se le hayan encomendado.

Para todos los actos que salgan de estos límites, necesitará de poder especial.

ARTICULO 2159. <CLAUSULA DE LIBRE ADMINISTRACION>. Cuando se da al mandatario la facultad de obrar del modo que más conveniente le parezca, no por eso se entenderá autorizado para alterar la sustancia del mandato, ni para los actos que exigen poderes o cláusulas especiales.

Por la cláusula de libre administración se entenderá solamente que el mandatario tiene la facultad de ejecutar aquellos actos que las leyes designan como autorizados por dicha cláusula.

ARTICULO 2160. <DEBIDO CUMPLIMIENTO DEL MANDATO>. La recta ejecución del mandato comprende no sólo la sustancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo.

Se podrán, sin embargo, emplear medios equivalentes, si la necesidad obligare a ello, y se obtuviere completamente de ese modo el objeto del mandato.

No está por demás advertir que la facultad que tiene el cliente de impartir instrucciones al abogado, no resulta incompatible con el carácter independiente que se reconoce a la profesión de abogado, y que en el ordenamiento español tiene consagración expresa en el ESTATUTO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA.⁹¹

La independencia ha sido concebida en España, como una característica esencial de la abogacía, de conformidad con la cual el letrado ha de orientar su desempeño profesional fundamentalmente siguiendo los dictados de su propia conciencia, dentro del marco que

⁹¹. Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

Artículo 1º / 1. La abogacía es una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público y que se ejerce en régimen de libre y leal competencia, por medio del consejo y la defensa de derechos e intereses públicos o privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales y a la Justicia.....

Artículo 33. / 1. El abogado tiene derecho a todas las consideraciones honoríficas debidas a su profesión y tradicionalmente reconocidas a la misma.

2. El abogado, en cumplimiento de sumisión, actuará con libertad e independencia, sin otras limitaciones que las impuestas por la Ley y por las normas éticas y deontológicas.

3. El deber de defensa jurídica que a los abogados se confía es también un derecho para los mismos por lo que, además de hacer uso de cuantos remedios o recursos establece la normativa vigente, podrán reclamar, tanto de las autoridades como de los Colegios y de los particulares, todas las medidas de ayuda en su función que les sean legalmente debidas.

4. Si el letrado entendiere que no se le guarda el respeto debido a su misión, libertad e independencia, podrá hacerlo presente al Juez o Tribunal para que ponga el remedio adecuado.

trazan la ley y las normas deontológicas; y por ende libre de toda clase de injerencias y de los intereses propios o ajenos.

Por razón de lo anotado el abogado tiene tanto el deber como el derecho de rechazar las presiones provenientes de cualquier tipo de poder, de los jueces, de sus compañeros o colaboradores, y de su propio cliente.⁹²

Desde otro punto de vista, la independencia es una especie de <rasgo de honor>, orientado a recalcar la idea, de antaño acuñada, según la cual el abogado, no obstante prestar sus servicios a otras personas, no por ello se coloca en situación de subordinación respecto de las mismas, como se señaló al establecer la naturaleza legal del tipo

⁹² Código Deontológico De La Abogacía Española

Artículo 2.- Independencia:

1. La independencia del abogado es una exigencia del Estado de Derecho y del efectivo derecho de defensa de los ciudadanos, por lo que para el abogado constituye un derecho y un deber.
2. Para poder asesorar y defender adecuadamente los legítimos intereses de sus clientes, el abogado tiene el derecho y el deber de preservar su independencia frente a toda clase de injerencias y frente a los intereses propios o ajenos.
3. El abogado deberá preservar su independencia frente a presiones, exigencias o complacencias que la limiten, sea respecto de los poderes públicos, económicos o fácticos, los tribunales, su cliente mismo o incluso sus propios compañeros o colaboradores.
4. La independencia del abogado le permite rechazar las instrucciones que, en contra de sus propios criterios profesionales, pretendan imponerle su cliente, sus compañeros de despacho, los otros profesionales con los que colabore o cualquier otra persona, entidad o corriente de opinión, cesando en el asesoramiento o defensa del asunto de que se trate cuando considere que no pueda actuar con total independencia.
5. Su independencia prohíbe al abogado ejercer otras profesiones o actividades que la limiten o que resulten incompatibles con el ejercicio de la abogacía, así como asociarse o colaborar para ello con personas u otros profesionales incursos en tal limitación o incompatibilidad.

Artículo 3.- Libertad de defensa:

1. El abogado tiene el derecho y el deber de defender y asesorar libremente a sus clientes, por lo que, en aras de la recta administración de Justicia, su libertad de expresión está amparada por el art. 437.1 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. El abogado está obligado a ejercer su libertad de defensa y expresión conforme al principio de buena fe y de forma responsable.

contractual que de ordinario vincula al abogado con la persona que contrata sus servicios.⁹³

La independencia, para los efectos del tema que nos ocupa, de acuerdo con las disposiciones de la legislación colombiana, se concretaría en la autonomía técnica con que cuenta el abogado para el desarrollo del encargo que le ha sido confiado, y sería la consecuencia del reconocimiento por parte del legislador, de que el profesional del derecho, en el desempeño de su labor ha de atender no sólo los intereses de su cliente, que marcan el derrotero de su misión⁹⁴; sino además el cumplimiento de una función social⁹⁵, consistente en colaborar en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, que le impone deberes concurrentes para con las autoridades judiciales⁹⁶, la sociedad en general⁹⁷, sus colegas⁹⁸, y en últimas, con la propia dignidad y el decoro de su profesión⁹⁹.

La conservación de un razonable equilibrio entre los varios tipos de deberes antes mencionados, establecidos a favor de titulares de

⁹³ En este sentido YZQUIERDO TOLSADA Mariano. La responsabilidad civil del profesional liberal. Reus S.A., Madrid, O.C. identifica la independencia con la ausencia de subordinación.

⁹⁴ Art. 2° decreto 196 de 1971

⁹⁵ Art. 1° decreto 196 de 1971

⁹⁶ Arts. 32 y 33 ley 1123 de 2007

⁹⁷ Art. 38 ley 1123 de 2007

⁹⁸ Art. 36 ley 1123 de 2007

⁹⁹ Arts. 31 y 33 ley 1123 de 2007

intereses contrapuestos, sólo se obtiene guardándose de caer en adhesiones irrestrictas respecto de cualquiera de los extremos en tensión, lo cual equivale a guardar la debida independencia.

Se trata entonces la independencia, por el aspecto que interesa para los efectos del tema que nos ocupa, de una cierta libertad u holgura, establecida respecto del cliente, estructurada funcionalmente con un sentido ético, en desarrollo de la cual el abogado está facultado para sopesar las instrucciones de quien recibe sus servicios para confrontarlas con sus deberes concurrentes, siéndole incluso vedado, por aplicación del art. 2175 del C.C., “cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente pernicioso al mandante”.

No tiene sin embargo el concepto la connotación de atribuir al abogado la potestad de disponer sobre los derechos personalísimos o patrimoniales del cliente, quien conserva la facultad de impartir instrucciones respecto de tales derechos.

La independencia del abogado ha sido definida en Colombia con un alcance más limitado que en España, y en el estatuto disciplinario del abogado sólo se la menciona con el sentido que marcan los ordinales 12 y 18 del listado de deberes que recoge el artículo 28, el primero de los cuales fue ya transcrito y hace referencia a las eventuales relaciones del abogado con la contraparte, lo cual en estricto sentido es un tema más de lealtad que de independencia.

Por su parte el ordinal 12 ha sido formulado en los siguientes términos: “Son deberes del abogado: 12. Mantener en todo momento su independencia profesional, de tal forma que las opiniones políticas propias o ajenas, así como las filosóficas o religiosas no interfieran en ningún momento en el ejercicio de la profesión, en la cual sólo deberá atender a la Constitución, la ley y los principios que la orientan.”, con lo cual se procura garantizar la prevalencia de la ley como criterio orientador de la gestión del abogado.

Como se observa el alcance señalado en la legislación nacional con respecto a la independencia no se formula con la severidad e importancia que delinea la normatividad española, donde la independencia del abogado en consonancia con la imparcialidad del juez se conciben como los pilares sobre los cuales se cimenta la administración de justicia; pero no obstante ello, es posible en todo caso deducir sus verdaderos alcances de la asignación concurrentes de deberes con distinto beneficiario, tal como se ha expuesto. ¹⁰⁰

¹⁰⁰ “La independencia del abogado resulta tan necesaria como la imparcialidad del Juez, dentro de un Estado de Derecho. El Abogado informa a su cliente de su posición jurídica, de los distintos valores que se ponen en juego en cualquiera de sus acciones u omisiones, proveyéndole de la defensa técnica de sus derechos y libertades frente a otros agentes sociales, cuyos derechos y dignidad personal han de ser también tenidas en cuenta, y esta tan compleja como unívoca actuación del Abogado sólo sirve al ciudadano y al propio sistema del Estado de Derecho si está exenta de presión, si el Abogado posee total libertad e independencia de conocer, formar criterio, informar y defender, sin otra servidumbre que el ideal de Justicia. En ningún caso debe actuar coaccionado ni por complacencia.” Apartes de preámbulo del CODIGO DEONTOLOGICO DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA, Aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 30 de junio de 2000.

En el derecho comparado tanto la jurisprudencia como la doctrina han entendido que el abogado, como un desprendimiento de las relaciones contractuales que celebra para la prestación de sus servicios, soporta un deber de información.

El citado deber encuentra explicación en la existencia de un conocimiento dispar entre el abogado y la persona que contrata sus servicios¹⁰¹, que se proyecta, en lo que es relevante para la responsabilidad contractual o precontractual,¹⁰² sobre el derecho aplicable al caso de que se trata; sobre los hechos anteriores de cuyo acaecimiento se hubiere enterado el abogado, como resultado de las indagaciones que hubiere efectuado por cuenta de su cliente; sobre el desarrollo fáctico del proceso o encargo cuya gestión se encomienda al profesional; así como sobre los hechos o circunstancias que habrían de resultar relevantes para los efectos de que el interesado en contratar los servicios del abogado, pueda decidir sobre la conveniencia de concretar la contratación.

¹⁰¹ “La obligación de informar trata de paliar el desigual conocimiento que los clientes y los profesionales tienen acerca del desarrollo del proceso. Este desnivel de la información es el resultado de la especial competencia técnica del deudor (el abogado) y de la evidente falta de preparación del acreedor (el cliente). Este cliente tendrá que acudir a las informaciones del letrado, pues es el único recurso del que dispone para conocerlas. “CRESPO MORA María Carmen. La Responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Págs. 141 y 142.

¹⁰² El literal b) del ordinal 18 de la relación de deberes profesionales del abogado, referido al deber de información, tiene utilidad fundamentalmente en el plano disciplinario, al interior del cual se genera la falta punible por el sólo hecho de ocultar las relaciones existentes con la contraparte, objetivamente capaces de limitar la lealtad del abogado. Es posible sin embargo que tales situaciones no se declaren lo cual no compromete la responsabilidad civil del abogado, sino cuando efectivamente se comete un acto de deslealtad, siendo entonces éste el determinante de responsabilidad. Naturalmente que ocurrido el citado ocultamiento, cualquier cuestionamiento sobre la actuación del abogado será juzgado con especial severidad. No ocurre lo mismo con las situaciones previstas en los literales a) y c) cuya comisión, unida a la causación de un perjuicio, comprometen de forma directa la responsabilidad civil del abogado.

Por lo que corresponde al deber de información en la etapa de formación del contrato, el fundamento normativo será también el artículo 28 ordinal 18 de la ley 1123 de 2007, en sus literales a y b; y por vía analógica el art. 871¹⁰³ del código de comercio, que obliga a celebrar los contratos obrando de buena fe.

3.2.1.4 Contenido del deber

Las previsiones sobre el alcance del deber de información que contiene el artículo 28 ordinal 18 de la ley 1123 de 2007, resultan meramente indicativas y no copan el espectro de posibilidades que pueden resultar finalmente cobijadas por el mismo, cuyo agotamiento en un listado, por más exhaustivo que sea, resulta prácticamente imposible.¹⁰⁴

Al igual que ocurre con cualquier obligación contractual, el alcance de la misma en la situación concreta de que se trate, habrá de establecerse con apoyo en los mecanismos de integración del contrato, que recoge en nuestro ordenamiento el art. 1603 del C.C.

En atención a la aludida indeterminación, el contenido del deber se ha venido intentando precisar, tanto por la jurisprudencia como por la

¹⁰³ ARTICULO 871. <PRINCIPIO DE BUENA FE>. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural.

¹⁰⁴ CRESPO MORA María Carmen. <La responsabilidad del abogado en el derecho civil>. O.C. Págs. 163 y 169; y CERVILLA GARZON, <Responsabilidad del abogado por incumplimiento del deber de información Comentarios a la STS de 14 mayo 1999 (RJ 1999, 3106)>, O.C. Pág. 283

doctrina, definiendo algunos alcances del mismo, inspirándose para ello en el principio de la buena fe, como criterio de integración, y en los dictados de los estatutos deontológicos de la abogacía.

La jurisprudencia y los comentarios que sobre ella efectúa la doctrina, así como los pocos preceptos legales que guardan pertinencia con el tema, permiten desarrollar algunas hipótesis en las cuales reconocidamente opera el deber de información.¹⁰⁵

Debe entonces el abogado comunicar a su cliente:

En la etapa precontractual:

- Las probabilidades de éxito de la gestión que el cliente se propone encomendar al abogado, con indicación de los términos hábiles para que dichas probabilidades se concreten en su reconocimiento efectivo;

¹⁰⁵ FERNANDO REGLERO Y MARIA ANGELES PARRA LUCAN. LUCAN, incluyen en el listado de eventos determinantes de responsabilidad, reconocidos por la jurisprudencia, los siguientes relacionados con el deber de información:

- No informar al cliente de la posibilidad de interponer recurso de apelación frente a la sentencia que estimaba sólo parcialmente su demanda. STS de 14 diciembre 2005;
- Omisión de advertencia a cliente sobre plazo a partir de la firmeza de la sentencia para pagar precio aplazado evitando resolución de venta y pérdida de inmueble. STS 18 febrero 2005;
- Abogado que se limitó a enviar carta a clientes avisándoles que la causa penal promovida por los mismos fue sobreseída, aconsejándoles no recurrir la providencia, sin informarles acerca de las posibles acciones en vía civil. STS de 14 mayo de 1999; y
- Omisión del deber de informar sobre el posible fracaso de la demanda por hallarse prescrita la acción. Dicho deber de informar se consideró en la sentencia STS de 16 diciembre 1996 como integrante de los que al abogado impone el contrato por el que hace prestación de sus servicios profesionales.

PARRA LUCAN María Ángeles y REGLERO CAMPO Fernando. La responsabilidad civil de los profesionales del derecho. Tratado de responsabilidad civil. O.C. Págs. 838 y 839)

- El valor de los honorarios que habrán de causarse por razón de la gestión. Si bien no se exige que se determinen en detalle, si deben al menos sentarse las bases para efectuar un cálculo aproximado, o para evitar sorpresas derivadas de la absoluta indeterminación¹⁰⁶;
- Otros gastos que exija la promoción del proceso, tales como honorarios de peritos, gastos de desplazamientos de testigos, etc; así como un estimativo del valor de las costas en caso de producirse un resultado adverso.
- Las condiciones que eventualmente podrían comprometer la independencia del abogado respecto de la contraparte, o con relación a la gestión misma;
- Las alternativas de acción con las que cuenta el consultante, básicamente en lo atinente a la posibilidad de plantear la pretensión resarcitoria por la vía civil o por la penal.
- La posibilidad de recurrir a los mecanismos alternos de solución de controversias, o la necesidad de hacerlo en los casos en los cuales la conciliación ha sido establecida como requisito de procedibilidad.

En desarrollo del contrato.

¹⁰⁶ El inciso 2° del ordinal 8° de la ley 1123 de 2007, establece como deber del abogado “acordar con claridad los términos del mandato en lo concerniente al objeto, los costos, la contraprestación y forma de pago.”

- La evolución de la situación y las novedades más relevantes sucedidas dentro de la gestión o litigio, lo cual comprende las decisiones que se vayan adoptando dentro de un proceso, dando la debida explicación sobre el alcance de las mismas.
- La forma en que se hubieren aplicado los fondos adelantados por el cliente para el desarrollo del encargo.
- Los ofrecimientos de arreglo formulados por la contraparte, o la conveniencia de plantearlos.

Al término del contrato:

- La decisión definitiva que adopten los jueces con explicación del sentido de la misma.
- Las formas alternativas de plantear las pretensiones que se hubieren negado por una vía ya agotada.
- La rendición de cuentas sobre el resultado del encargo.

Al margen de las particularidades anotadas, y ante la convicción de que, como se ha anotado, ningún listado resultaría taxativo, se ha debatido en los estrados judiciales, y por la doctrina, sobre los criterios de forma y de fondo que permitirían, por vía general, tener por cumplida la obligación de informar.

Es entendido que la información se refiere tanto a los hechos, como al entorno normativo básico que permite la calificación jurídica de los

mismos; razón por la cual en el deber de información se incluye un cierto componente pedagógico.

En lo que hace a la forma, se ha concluido que el abogado debe adoptar una postura activa en el cumplimiento del deber, ante lo cual está obligado, no sólo a producir información de manera espontánea y continuada, sino también a verificar que el destinatario de la misma la reciba oportunamente¹⁰⁷ y la entienda.

Por lo que corresponde al fondo o contenido de la información, se han ensayado distintos criterios, de los cuales algunos tienen carácter absoluto, mientras que otros se mueven en función de la capacidad de comprensión que pueda tener el cliente en asuntos de técnica jurídica

La medida justa en la cual ha de suministrarse la información, impone también considerar la tensión que existe entre la facultad que tiene el titular del interés o derecho sobre el cual se opera, de disponer sobre el mismo a través de instrucciones, y la independencia técnica del abogado.

Se ha planteado que para que la información pueda considerarse adecuada, ha de satisfacer las siguientes exigencias¹⁰⁸.

¹⁰⁷ En sentencia STS 14 de mayo de 1999 (RJ 1999,3106) el abogado fue condenado por no haberse cerciorado de que una comunicación remitida a sus clientes fue efectivamente recibida por estos.

¹⁰⁸ CRESPO MORA MARIA CARMEN. <La responsabilidad del abogado en el derecho civil>. O.C. Págs. 163 a 167.

- a) Ha de ser **completa**, esto es, ha de integrar la totalidad de los datos que resulten necesarios para que el cliente pueda tomar acertadamente las decisiones que le compete adoptar.

Se distingue entre información completa e información exhaustiva, ante lo cual, trayendo a colación postulados planteados respecto de la obligación de información de los profesionales sanitarios, se ha indicado que el enfermo no debe confundirse “con un auditorio profesional”¹⁰⁹

El abogado no estaría obligado a continuar con el suministro de información, cuando la información adicional pudiera calificarse de superflua, bien por referirse a hechos que no resultan útiles para efecto de la toma de decisiones del cliente, o bien por tratarse de información técnica que el cliente ya conoce o debe conocer por tener también la condición de abogado.

La información expresamente solicitada por el cliente, no debería tenerse como superflua.

- b) Ha de resultar **comprensible**, a fin de que el cliente pueda ejercer su facultad de decidir sobre el rumbo general de la

¹⁰⁹ CRESPO MORA MARIA CARMEN. <La responsabilidad del abogado en el derecho civil>. O.C. Pág. 164.

gestión encomendada, debiendo el abogado cerciorarse de que la ha comprendido.

No satisface el requisito en comento, la información formulada en términos técnico - legales, o la mera enumeración de las normas aplicables al caso sub examine.

- c) Ha de ser **objetiva**, “no interesada, a diferencia de otras cercanas (la recomendación o el consejo) que presuponen una toma de posición del letrado sobre el asunto que le ha sido encomendado: la información a diferencia del consejo, asesoramiento o recomendación, *stricto sensu*, es neutra y ha de estar desprovista del juicio de valor presente en estos últimos.”¹¹⁰

La exigencia de que la información sea verdadera es connatural al concepto,¹¹¹ por lo que carece de sentido incluirla como una nota que permite calificar la obligación, para que se entienda cumplida de forma adecuada.

La intensidad del deber, o si se quiere la cantidad de información que el abogado debe transmitir, se determina en función inversa al grado de conocimientos jurídicos con que cuenta el cliente, al punto de que, si este último cuenta con conocimientos calificados en derecho, como es

¹¹⁰ CRESPO MORA María Carmen. <La responsabilidad del abogado en el derecho civil>. O.C. Pág. 166.

¹¹¹ Según el diccionario de la Real Academia Española, la primera acepción de <informar> es: Enterar, dar noticia de algo.

el caso de las personas jurídicas que han organizado una compleja estructura interna de atención legal, el deber de información se despoja en cierta forma de su vertiente pedagógica y dirá entonces relación exclusivamente a los aspectos de hecho necesarios para la adecuada toma de decisiones por parte del cliente, en lo atinente a la disposición o gestión de sus intereses, como sería optar por la promoción de una causa o por la interposición de un recurso; y para que imparta las instrucciones respectivas, naturalmente, con un grado de generalidad que no afecte la independencia técnica del abogado.

Habida cuenta de que en tratándose de clientes desprovistos de conocimientos jurídicos, los mismos pueden carecer, por tal razón, de inquietudes que plantear a su abogado, debe éste tomar una actitud proactiva respecto del cumplimiento del deber de información, e imponer de forma espontánea a su cocontratante de la información que le permita, facilitadas las explicaciones requeridas sobre el derecho aplicable, tomar decisiones o al menos acompañar de manera positiva al abogado, en aquellas que éste tome en ejercicio de su independencia técnica.

En síntesis podría afirmarse, en un esfuerzo de síntesis, que el abogado debe proveer a su cliente de toda la información que le resulta útil a éste para ilustrar el sentido de las decisiones que le corresponde adoptar, y que pueda aprovechar de acuerdo con su capacidad efectiva de análisis en materias jurídicas.

El criterio para determinar el incumplimiento de la obligación de informar es el ya mencionado de la *lex artis ad hoc*, respecto de lo cual anota CERVILLA GARZÓN: “Así, nuestro Alto Tribunal, al referirse por primera vez a la obligación de informar del abogado, califica esta información como <adecuada>: no siendo suficiente cualquier información sino la que los criterios de la <lex artis ad hoc> demanden. La información debida será, en extensión, contenido y forma, aquella que la naturaleza de la obligación, las características de los sujetos intervinientes (informante y receptor), y las circunstancias del tiempo y lugar en que dicha obligación deba cumplirse, exija.”¹¹²

La misma autora define la *lex artis ad hoc*, como: “una regla de medición o valoración de una conducta, en base a criterios objetivos, de naturaleza técnica, y cuyos contenidos se establecerán en función del acto concreto de la actividad profesional, y del tiempo y lugar en que el *facere* va a llevarse a cabo.”¹¹³

No está por demás señalar que en atención a la aplicación de las normas del mandato, dispuesta en nuestro ordenamiento por el art. 2144 del C.C., es admisible el pacto que otorga al abogado la facultad “de obrar del modo que más conveniente le parezca”, previsto por el art. 2159 *ibídem*, lo cual en todo caso no le autoriza para “alterar la sustancia del mandato”, ni para realizar“ actos que exigen poderes o

¹¹² CERVILLA GARZÓN María Dolores, <Responsabilidad del abogado por incumplimiento del deber de información Comentarios a la STS de 14 mayo 1999 (RJ 1999, 3106)>, O.C. Pág. 283

¹¹³ CERVILLA GARZÓN María Dolores. <La obligación de información del abogado.> O.C. Pág. 95.

cláusulas especiales”, como es el caso de transigir¹¹⁴, conciliar, ceder el derecho litigioso o desistir¹¹⁵.

El citado pacto tiene un alcance mayor que el que dimana de la independencia técnica del abogado, por cuanto le facultaría además para tomar algunas decisiones, como optar por la interposición de un determinado recurso, cuando ello pueda incidir sobre derechos patrimoniales del cliente, mas no cuando la controversia se refiera a los derechos personalísimos del mismo.

3.2.1.5 Las modalidades del incumplimiento y sus efectos

La responsabilidad por incumplimiento del deber de informar, es aquella que deriva de los perjuicios que se produzcan a consecuencia de haber omitido transmitir la información requerida o de haberla transmitido de forma errada.

¹¹⁴ Art. 2471 C.C. “Todo mandatario necesita poder especial para transigir. En este poder se especificarán los bienes, derechos y acciones sobre que se quiera transigir”

¹¹⁵ Art. 70 C. de P.C. FACULTADES DEL APODERADO. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 26 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> El poder para litigar se entiende conferido para los siguientes efectos:

Solicitar medidas cautelares y demás actos preparatorios del proceso, adelantar todo el trámite de éste, realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente, y cobrar ejecutivamente en proceso separado las condenas impuestas en aquélla.

El apoderado podrá formular todas las pretensiones que estime conveniente para beneficio del poderdante, siempre que se relacionen con las que en el poder se determinan.

El poder para actuar en un proceso habilita al apoderado para recibir la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo y representar al poderdante en todo lo relacionado con la reconvencción y la intervención de terceros.

El apoderado no podrá realizar actos que impliquen disposición del derecho en litigio, ni reservados exclusivamente por la ley a la parte misma; tampoco recibir, salvo que el demandante lo haya autorizado de manera expresa. “

Se anota que la obligación de informar tiene, en veces, carácter principal, como el caso en el cual la prestación a cargo del abogado consista en la elaboración de un concepto o informe. Tiene el carácter de deber accesorio, cuando surge a consecuencia del encargo de adelantar un proceso, o una cierta negociación, por ejemplo.

La obligación de elaborar un informe, se considera de resultado, toda vez que el deudor se encuentra obligado a entregar el concepto en el término convenido. No implica ello que el abogado esté obligado a la infalibilidad y la obligación se encuentra satisfecha si se entrega un estudio elaborado con ajuste a la *lex artis*.¹¹⁶

El incumplimiento de la prestación debida, así sea por caso fortuito, impide al abogado percibir los honorarios pactados; y en cualquier caso permite al acreedor solicitar la resolución del contrato por incumplimiento u oponer a la exigencia de pago de los honorarios la excepción de contrato no cumplido.

Si la obligación de información es accesorio, no resulta posible determinar por vía general el carácter de la misma en términos de obligación de actividad o de resultado, y para establecerlo resulta indispensable definir cuál es el resultado que debería garantizarse

¹¹⁶ CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Págs. 153 y 154.

Si se trata de que el cliente entienda la información, parecería excesivo imponer el abogado dicha carga como ineluctable, toda vez que el cabal entendimiento de lo informado depende en últimas de un factor que se encuentra fuera del control del emisor de la información.

Ahora bien, si de lo que se trata es de obtener que la información sea recibida por el cliente, el tratamiento puede aproximarse al propio de una obligación de resultado, tal como parece desprenderse de las mayores exigencias que al respecto viene estableciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo español.¹¹⁷

Se discute sobre si el incumplimiento de la obligación de información cuando es accesoria tiene virtualidad suficiente para justificar la solicitud de resolución o terminación del contrato, o para oponer la excepción de contrato no cumplido, cuando la prestación principal ha sido cumplida. En tales eventos debería "acudirse a cada caso concreto, para determinar si el incumplimiento del deber de información contractual reviste la suficiente entidad como para legitimar al cliente a oponer la excepción de incumplimiento contractual, así como el derecho a exigir la devolución de los honorarios –en el supuesto de que los hubiese satisfecho- por la actuación no desarrollada "¹¹⁸.

¹¹⁷ CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil.O.C. Págs. 154 a 158

¹¹⁸ CRESPO MORA MARIA CARMEN. La responsabilidad del abogado en el derecho civil.O.C. Pág. 179

Bien se trate de una obligación principal o accesoria, cuando la misma se refiera a la comunicación de aspectos de derechos, los lineamientos dentro de los cuales ha de juzgarse la calidad de la información transmitida, son los mismos ya precisados en lo que corresponde a cumplimiento del deber principal de conocer la ley y la jurisprudencia, donde lo determinante de responsabilidad no es el error en sí, sino la culpa o negligencia en la formulación del concepto o planteamiento.

Al igual que acontece respecto del deber principal de conocer el derecho, también el surgimiento de responsabilidad del abogado en lo atinente al deber de información se ve entorpecido, no sólo por la relatividad del saber jurídico, sino también por problemas en la configuración del nexo causal, básicamente cuando se trate de responsabilidad por la adopción de decisiones basadas en información defectuosa.

En tales casos, considera De Angel Yagüez, que resulta en extremo dificultoso establecer si fue o no la información suministrada por el abogado determinante para que el cliente hubiera adoptado una cierta decisión¹¹⁹, toda vez que la propia voluntad de quien adopta la decisión interfiere en el nexo causal.

Se aparta del postulado antes aludido CRESPO MORA, para quien el cliente, habida cuenta de su falta de formación jurídica, se encuentra

¹¹⁹ DE ANGEL YAGÜEZ Ricardo, < Responsabilidad por informar> Perfiles De La Responsabilidad En El Nuevo Milenio. Dykinson, 2000, Pág. 195

virtualmente a merced de los consejos de su abogado, por lo que “en numerosas ocasiones la voluntad del cliente no tendrá la fuerza suficiente para romper el nexo de causalidad, ya que la decisión adoptada se encontrará totalmente condicionada por la citada información.”¹²⁰

3.2.1.6 La prueba del cumplimiento de la obligación del informar

No existe formalidad alguna establecida para el cumplimiento del deber de información, por lo que la misma puede transmitirse incluso de manera verbal.

Cuando el cliente pretenda derivar la responsabilidad del abogado de una alegada omisión en el deber de informar, nos encontraremos frente a una negación indefinida, que se encuentra relevada de prueba, conforme dispone el art. 177 del C. de P.C.. Corresponderá en tal caso al abogado probar que ha cumplido con la obligación de informar, por lo que conviene guardar la precaución de informar por escrito.

Cabe indagar si en casos en los cuales no se trate propiamente de una negación indefinida, ante una especial dificultad para la producción de la prueba por parte del cliente, podría operar una inversión de la carga de la prueba, tal como se ha aceptado respecto de los médicos, concretamente en lo que hace a la obligación de informar.

¹²⁰ CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág.

Ahora bien, si el cliente pretende establecer la responsabilidad del abogado aduciendo que recibió una información errada, deberá el acreedor probar el sentido de la información que recibió, la negligencia del abogado en la producción y/o transmisión de la información, así como el daño padecido y la relación de causalidad.

3.2.1.7 El deber de consejo

La información se encuentra comprendida, junto con la recomendación, el consejo y el asesoramiento, dentro de una categoría general de actividades, mediante las cuales el profesional puede influir en la voluntad de su cliente, con respecto a la realización de un acto futuro de éste.

Dentro de la categoría mencionada la información corresponde a un género diferenciado de la especie, por su ya referida característica de ser neutra, esto es, desprovista de la intención de dirigir la voluntad del receptor, en uno u otro sentido.

La recomendación, el consejo y el asesoramiento, están dirigidos a influir deliberadamente en la voluntad del destinatario, y lo hacen con intensidad creciente en el mismo orden en el cual han sido mencionadas. No obstante lo anotado, sus diferencias son apenas de matiz.

Se ha dicho que “El consejo, asesoramiento o recomendación implican dar a conocer a otra persona lo que se considera más ventajoso en su situación y que él mismo haría si estuviera en su lugar. Por tanto, el consejo va ligado a un juicio de valor sobre un acto futuro del aconsejado y a una invitación o exhortación para que el destinatario del consejo actúe de una determinada manera. ”¹²¹

La recomendación es siempre una actividad puntual o específica; mientras que el asesoramiento se caracteriza precisamente por su prolongación en el tiempo, por hacerse patente en una especie de acompañamiento en las actividades del cliente, referidas a la especialidad del profesional.

El consejo es puntual, cuando se contrata como actividad principal, y puede ser de tracto sucesivo, cuando ha de prestarse como obligación accesoria a una gestión prolongada en el tiempo, como sería el adelantamiento de un litigio, o la representación en una negociación.

A diferencia del deber de información, el consejo ha sido previsto en los estatutos deontológicos de la abogacía vigentes en España¹²².

¹²¹ CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág. 184

¹²² Artículos 6, 9, y 30 del Estatuto General de la Abogacía Española.

Artículo 6.

Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al Licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico.

Artículo 9.

Su fundamentación jurídica, cuando ha sido pactado en el contrato, es entonces, la fuerza vinculante del contrato mismo.

Cuando no se ha previsto de forma expresa en el contrato su fundamento ha de encontrarse en los usos profesionales¹²³ y la buena fe, por la vía de integración del contrato con fundamento en el art. 1258 del C.C. español, que es, como se ha anotado, el equivalente del art. 1603 de nuestro código civil.

En Colombia el artículo 28 ordinal 18 de la ley 1123 de 2007, contiene previsiones que corresponden al deber de información (ordinales 2 y 3) y otra que corresponde al deber de consejo (ordinal 1º), toda vez que establecer las probabilidades de éxito de una determinada gestión, ha de acompañarse con un componente subjetivo, mediante el cual el

1. Son abogados quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados.

2. Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado a quienes lo sean de acuerdo con la precedente definición, y en los términos previstos por el artículo 436 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3. No obstante, podrán seguir utilizando la denominación de abogado, añadiendo siempre la expresión *sin ejercicio*, quienes cesen en el ejercicio de dicha profesión después de haber ejercido al menos veinte años.

4. También podrán pertenecer a los Colegios de Abogados, con la denominación de colegiados no ejercientes, quienes reúnan los requisitos establecidos en el artículo 13.1 de este Estatuto General.

Artículo 30.

El deber fundamental del abogado, como partícipe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados. En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de Justicia a que la abogacía se halla vinculada.

¹²³ Planteamiento formulado por DIEZ PICAZO/GULLON en Sistemas de derecho civil. Volumen II, Tecnos, Madrid, 2001, Pág. 396; y acogida por CRESPO MORA MARIA CARMEN. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág. 189.

abogado toma cierta posición sobre el asunto y la transmite al cliente, con una cierta intención de que la acoja.

En todo caso el deber de consejo suele confundirse con el de informar, y ambos deberes presentan características similares, que por este aspecto justificarían un tratamiento conjunto.

Salvo por lo que corresponde a la neutralidad de la información, el deber de consejo tiene las mismas exigencias de forma y contenido que el deber de información, y la diferencia principal consiste en la mayor facilidad de entender constituida la relación de casualidad que se presenta en el consejo, toda vez en éste, a diferencia de la mera información, se evidencia la intención de mover la voluntad del destinatario o receptor, cuya intervención, como posible causa extraña, se atenúa casi por completo.¹²⁴

Ante ello, a fin de evitar que el cliente se vea privado de la posibilidad de efectuar una efectiva <deliberación personal> ante el consejo, conviene que quien aconseja revele el grado de probabilidad de acierto que atribuye a su consejo, y advierta, de forma documentada, sobre otras posibles posturas jurídicas ante la situación, con un grado técnicamente aceptable de razonabilidad.

¹²⁴

CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág. 188

Parecería que no hay motivos para predicar la responsabilidad del abogado, si éste en su concepto o informe ha previsto como posible la solución finalmente adoptada por los jueces, aún cuando no hubiere aconsejado adoptar una postura orientada por la misma, siempre que la ponderación de los grados de probabilidad contenida en el concepto fuera también razonable.

La relación de causalidad se diluye igualmente si la gestión procesal se encomienda a un abogado diferente de quien emitió el concepto o informe, cuando la labor del encargado del adelantamiento del juicio ha sido descuidada en la presentación de la causa, o en la formulación de las alegaciones. Se trata de un caso evidente de intervención de un tercero que rompe el nexo causal.

3.2.1.8 La intervención del cliente

El deber de información se inserta dentro del proceso de comunicación que une al abogado con su cliente.

La actividad proactiva que se ha señalado debe asumir el abogado genera a su vez, actitudes correlativas en la persona que utiliza sus servicios. De una parte debe el cliente colaborar al buen suceso de la gestión encomendada al abogado mediante el suministro de la información de la cual el cliente es conocedor y la entrega de aquellos

documentos que la contengan, y que sirvan a su vez de prueba de los hechos a los cuales la información se refiere.

Sobre la base de tal información, provista por el cliente, construye el abogado su apreciación jurídica del entorno fáctico que la ha sido comunicado, y respecto del cual se le ha solicitado intervenir; apreciación que a su vez comunica a su cliente, para efectuar un diagnóstico sobre la situación, en cumplimiento del deber que impone el ordinal 1° del art 28 ordinal 18 de la ley 1123 de 2007.

Surge de aquí la segunda forma de participación del cliente en el proceso de comunicación a que da origen el cumplimiento del deber de información o consejo por parte del abogado, toda vez que, luego de presentada la visión del abogado sobre la situación en la cual se le ha pedido intervenir, corresponde al cliente tomar las decisiones que habrán de servir de base a las instrucciones que le es dado impartir.

La intervención del cliente en el proceso de comunicación se concreta entonces en dos actividades diferentes, a saber, el deber de colaboración con el abogado en la producción de la información, y la comunicación de las instrucciones atinentes al manejo del encargo que confiere al abogado.

3.2.1.8.1 El deber de colaboración

La debida colaboración del cliente en el proceso de información se inserta dentro del marco general del deber de colaboración de las partes contractuales, el cual se ha entendido es un desprendimiento del principio de la buena fe.

El citado deber de colaboración ha sido reconocido por la doctrina, especialmente en Francia¹²⁵, y se ha recogido en la recopilación de los principios del derecho Europeo de los contratos, como el segundo de los deberes generales de las partes, a continuación del deber de la buena fe contractual.

El art. 1.202 del citado estatuto, titulado <deber de colaboración>, señala que “Cada parte tiene el deber de colaborar con la otra para que el contrato surta plenos efectos.”¹²⁶

En desarrollo del deber mencionado y para los efectos del cruce de información entre abogado y cliente, este último está obligado a transmitir de manera espontánea la totalidad de la información con la cual cuenta, y que tenga relación con el caso que consulta o que pretenda poner en manos del abogado. Debe igualmente recopilar y transmitir la información que le solicite el abogado, quien está

¹²⁵ CRESPO MORA María Carmen, O.C. Pág. 181, cita a PICOD Y. y a LE TOURNEAU – CADIET. Pág. 181.

¹²⁶ PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS. TRADUCCION DEL TEXTO PUBLICADO EN LANDO, BEALE, eds, PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW, KLUWER LAW INTERNATIONAL, LA HAYA, 2000, Págs. 1 a 93. La versión inglesa es la original.

obligado, tal como se desprende de la sentencia proferida por la Audiencia Provincial de Zaragoza de febrero 13 de 1995¹²⁷, a hacer un seguimiento a la producción de la información por parte del cliente, de modo que la misma haya sido recopilada y entregada con la prontitud que requiera el cumplimiento del encargo.

Se desprende de lo anotado que si el cliente no colabora con el suministro de la información que posee, o que está en sus manos conseguir, no le es dado solicitar se declare la responsabilidad del abogado, por situaciones derivadas de la aludida omisión.

Naturalmente que el cliente no podrá obtener indemnización del abogado que omitió formular pretensiones correlativas a daños que hubiere el cliente sufrido, si a su vez hubiere omitido poner tales hechos en conocimiento del abogado.

Por razón de la relación inescindible entre la información recibida del cliente y las posibilidades de acción del abogado, se ha recomendado insertar en los conceptos o informes, una nota explicativa en el sentido de advertir que el concepto emitido está elaborado con respecto a la información recibida del cliente, para delimitar de esa forma una eventual responsabilidad.¹²⁸

¹²⁷ En la referida sentencia se señaló que no sirve de excusa al abogado la falta de información suministrada por el cliente “pues su petición por una sola vez sin volver a preocuparse de su consecución, ni de advertir oportunamente de la perentoriedad de los plazos no se corresponde con la diligencia exigible.”

¹²⁸ CRESPO MORA María Carmen, O.C. Pág. 181, cita a PICOD Y. y a LE TOURNEAR – CADJET. Pág. 181

Recibida la información por parte del abogado, corresponde a éste comprobar los hechos, en la medida de lo posible, escoger los que resulten relevantes, y proceder a presentarlos de manera adecuada, con las formalidades que exija la ley para el efecto, como sería el caso del art. 75 del C. de P.C.

3.2.1.8.2 Las instrucciones

En el ordenamiento legal colombiano, por virtud de la aplicación de las normas del mandato a los servicios prestados por quienes ejercen profesiones que demandan largos estudios, o a que está unida la facultad de representar u obligar a otras personas, como es el caso de la abogacía, dispuesta por el art. 2144 del C.C., no existe duda al respecto de que, no obstante la independencia del abogado, el cliente está facultado para impartir instrucciones.

De hecho el Artículo 34 del estatuto disciplinario del abogado, reconoce como digna de protección “la libre decisión sobre el manejo del asunto” que corresponde al cliente.

Señala al efecto el artículo citado: “Constituyen faltas de lealtad con el cliente:

c) Callar, en todo o en parte, hechos, implicaciones jurídicas o situaciones inherentes a la gestión encomendada o alterarle la

información correcta, con ánimo de desviar la libre decisión sobre el manejo del asunto;”

La independencia, con el perfil que ha sido antes indicado, constituye el límite a la facultad de la cual goza el cliente para impartir instrucciones al abogado, o, para ser más precisos, el límite al deber de seguirlas.

La independencia del abogado, tal como se señaló anteriormente, se manifiesta en un plano técnico y también en un plano ético.

La independencia respecto del cliente, por su aspecto técnico, es la que le permite al abogado apartarse de la gestión que realiza, cuando se le imparte una instrucción, que sin ser contraria a la ley o a los estatutos deontológicos, en el particular sentir del abogado, perjudica los intereses del cliente.

La instrucción puede referirse no sólo al planteamiento jurídico de la causa, esto es al entorno normativo que habrá de invocarse en apoyo de las pretensiones o excepciones propuestas; sino también a los demás factores atinentes a la intervención de la parte en el proceso.

Es claro que la labor del abogado no se limita a la fría invocación de textos legales y precedentes jurisprudenciales, toda vez que le corresponde resaltar ante los tribunales las particularidades del caso

que le ha sido encomendado, destacando los factores vitales por los cuales merece recibir el favor de la justicia.

Habida cuenta de que cada parte escoge los hechos que considera relevante para los efectos de sacar adelante sus intereses, es posible, respecto de una misma relación jurídica, estructurar presentaciones enfrentadas, cada una de las cuales aparezca respaldada en un importante material normativo y jurisprudencial; y entonces la suerte del proceso, dependerá de la forma más o menos convincente en que cada una sea presentada.

Le corresponde al abogado coordinar dicha presentación, en la cual inciden múltiples factores, tales como, la importancia que se conceda a determinados hechos; la selección de los testigos más idóneos; o de los expertos que habrán de apoyar la posición de la parte, atendiendo su punto de vista, por poner sólo unos ejemplos, aspectos todos estos en los cuales se puede discrepar con el cliente.

Es claro que en estos aspectos no está el abogado obligado a solicitar instrucciones del cliente, pero si por alguna razón las recibe, no le es dado desconocerlas de plano. Naturalmente el abogado no está obligado a seguir una instrucción que considere decisivamente perjudicial para la causa, ante lo cual le corresponde abandonar la gestión si el cliente insiste en la misma.

La independencia en el campo ético es la que se ejerce cuando la instrucción impartida es contraria a derecho, a la moral, o en general, cuando comporta la violación de los deberes del abogado, impuestos por la ley 1123 de 2007.

Las posibilidades de acción del abogado ante las instrucciones de su cliente, producen una situación asimétrica. El abogado no está facultado para proceder en contra de aquellas instrucciones de su cliente que no entrañan violación de la ley, lo cual no implica que deba cumplirlas cuando no está de acuerdo con las mismas, y en esto último consiste precisamente su independencia, respecto del cliente.

Si el abogado recibe una instrucción sobre aspectos meramente técnicos que no comparte, está en primer lugar obligado a comunicarlo a su cliente, exponiendo las razones de su posición; y si el cliente insiste, debe apartarse de continuar con la gestión, si entiende que el cumplimiento de la misma afecta de manera importante la obtención de un resultado favorable.

Se recuerda que de conformidad con lo dispuesto por el art. 2175 del C.C. “El mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente perniciosa al mandante.”

En el evento de que la instrucción deba ser cumplida en una plazo perentorio, judicial o legal, que no permita la designación de un nuevo

abogado, el profesional del derecho está en la obligación de cumplir la instrucción antes de retirarse, como se desprende de lo señalado en los distintos estatutos deontológicos de la profesión¹²⁹, e incluso de lo dispuesto por el art. 2193 del C.C.¹³⁰

El citado deber de no perjudicar al cliente al terminar unilateralmente el contrato, se ha entendido constituye uno de los “deberes de protección y corrección”, con respecto al cual se ha anotado: “Desde el momento en que la relación queda resuelta, la prestación no tendrá ya que realizarse, pero el profesional sí se encontrará obligado a hacer lo posible para evitar todo daño al cliente. Deberá así comunicar su intención a éste e informarle de cuál es la situación de sus intereses para que adopte las medidas oportunas; igualmente tendrá que realizar, no obstante la resolución, los actos que no admitan demora, y, si la situación lo exige, deberá designar un colega sustituto apto,

¹²⁹ El ordinal 3.1.4 del código de deontología de los abogados de la comunidad europea señala: “El abogado que haga uso de su derecho abandonar un asunto deberá asegurarse de que el cliente podrá encontrar la asistencia de un colega a tiempo para evitar sufrir un perjuicio.”

CODIGO DEONTOLOGICO DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA “Artículo 13.- Relaciones con los clientes
.....3.- El Abogado tendrá plena libertad para aceptar o rechazar el asunto en que se solicite su intervención, sin necesidad de justificar su decisión.

Así mismo el Abogado podrá abstenerse o cesar en la intervención cuando surjan discrepancias con el cliente. Deberá hacerlo siempre que concurran circunstancias que puedan afectar a su plena libertad e independencia en la defensa o a la obligación de secreto profesional.

El Abogado que renuncie a la dirección Letrada de un asunto habrá de realizar los actos necesarios para evitar la indefensión de su cliente. Cuando se trate de defensa asumida por designación colegial, la aceptación, rechazo, abstención o cese habrá de acomodarse a las normas sobre justicia gratuita y sobre este tipo de designaciones.

¹³⁰ ARTICULO 2193. <RENUNCIA DEL MANDATARIO>. La renuncia del mandatario no pondrá fin a sus obligaciones, sino después de transcurrido el tiempo razonable para que el mandante pueda proveer a los negocios encomendados.

De otro modo se hará responsable de los perjuicios que la renuncia cause al mandante; a menos que se halle en la imposibilidad de administrar por enfermedad u otra causa, o sin grave perjuicio de sus intereses propios.

proporcionándole la información oportuna para que éste pueda continuar la gestión.”¹³¹

Ahora bien, si la instrucción impartida por el cliente entraña la violación del ordenamiento jurídico, permite ello al abogado retirarse de la gestión sin cumplir la instrucción.

Las instrucciones que sólo afectan el derecho o el interés del cliente, como es el caso de decidir si se promueve un proceso o se interpone un recurso, son actos de disposición de los citados derechos o intereses, y como tal no afectan la independencia del abogado, por lo cual han de ser cumplidas.

En contra de lo que se ha afirmado la independencia del abogado, no le permite obrar desconociendo las instrucciones de su cliente. Siendo claro que el abogado se beneficia de la idea conforme a la cual no está obligado a la infalibilidad, para los efectos de limitar su responsabilidad cuando se cuestione el cumplimiento de la obligación de conocer el derecho; por la misma razón no puede imponer su criterio a su cliente, sometiendo los derechos o intereses de éste a un riesgo que no ha estado dispuesto a asumir, cuando no puede garantizar que su decisión será la acertada.

¹³¹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. La responsabilidad civil del abogado. LA UNIVERSIDAD Y LAS PROFESIONES JURIDICAS (DEONTOLOGIA, FUNCION SOCIAL Y RESPONSABILIDAD); Organizado por el Cincejo de la UCM, Madrid, 1998, Pág. 72

A consecuencia de todo lo anotado el abogado podría incurrir en responsabilidad en los siguientes casos, si concurren los demás elementos requeridos al efecto:

1. Si no solicita a su cliente que le imparta instrucciones, en aquellos aspectos en los cuales a este último le es privativo decidir.¹³²
2. Si incumple las instrucciones anotadas en el ordinal anterior.
3. Si, en vez de retirarse, decide obrar en contra de las instrucciones que afectan su independencia técnica.
4. Puede igualmente resultar responsable si cumple las instrucciones que considera contrarias a su independencia técnica, si de la ejecución de las mismas deriva un daño para su cliente, por aplicación de lo dispuesto por el citado art. 2175 del C.C., precepto que por su carácter especial, podría tener aplicación preferente, sobre la doctrina de los actos propios.

Se exceptúan los casos en los cuales el abogado hubiere cumplido la instrucción, bajo protesta, y por la particular circunstancias de que el carácter perentorio de los términos, no permitía esperar la designación de un nuevo abogado.

¹³² Debería considerarse dentro de esta categoría la promoción de aquellas actuaciones cuyo fracaso produce como consecuencia la imposición de una específica sanción pecuniaria, como es el caso del incidente de tacha de falsedad. Dispone el artículo pertinente: ARTÍCULO 292. SANCIONES AL IMPUGNANTE VENCIDO. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 127 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando la tacha de falsedad se decida en contra de quien la propuso, se condenará a éste a pagar a quien aportó el documento, el valor del veinte por ciento del monto de las obligaciones contenidas en él; o de diez a veinte salarios mínimos mensuales cuando no represente un valor económico. Igual sanción se aplicará a la parte que adujo el documento, a favor de la que probó la tacha.

Cuando el apoderado judicial formule la tacha sin autorización escrita de su mandante, será solidariamente responsable del pago de la suma a que se refiere en inciso anterior y de las costas.”

El cumplimiento de instrucciones contrarias a la ley, genera consecuencias en el plano penal o disciplinario, y puede determinar el surgimiento de responsabilidad civil extracontractual frente a terceros.

3.2.2. El Deber De Secreto

La institución del secreto profesional es connatural a la abogacía y ha sido reconocida por el derecho desde los ordenamientos antiguos. Concretamente existen referencias al secreto profesional en el Digesto, en el Fuero Real, en las Siete Partidas y también en la Novísima Recopilación.¹³³

La figura ha sido igualmente objeto de específica regulación en los distintos estatutos deontológicos dictados en España y en el Estatuto Deontológico de los Abogados de la Unión Europea.

Al referirse a los fundamentos del deber de secreto para los abogados, la doctrina suele mencionar algunas razones atinentes a la custodia de los intereses particulares del cliente, y otras que se relacionan con intereses generales, en cuya salvaguarda pesarían consideraciones del orden público.

¹³³ CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág. 191.

Dentro del primer grupo de razones suelen citarse la conservación de la voluntad del cliente, y la protección del derecho a la intimidad¹³⁴, determinando esta última un mayor alcance para la obligación de reserva.¹³⁵

Dentro de las razones referidas a la conservación del orden social, en cuanto contribuyen al buen funcionamiento del sistema judicial, se citan la necesidad de conservar la relación de confianza entre el abogado y el cliente¹³⁶, el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva¹³⁷;

¹³⁴ “El derecho a la intimidad personal y familiar es un derecho de la personalidad constitucionalmente reconocido, y ha sido objeto de regulación junto con el derecho al honor y a la propia imagen, en la ley orgánica de 5 mayo 1982. La intimidad es un derecho de todo sujeto a mantener aislada, fuera del conocimiento público, un sector de su vida personal y familiar. Es un derecho al secreto.” CERVILLA GARZÓN María Dolores. La prestación de servicios profesionales. Tirant lo Blanch. Valencia 2001, página 294

¹³⁵ “Así pues, bien jurídico intimidad e infracción del deber profesional de secreto componen lo injusto penal de la violación al secreto profesional. Y digo bien jurídico intimidad y no, con la doctrina dominante, voluntad del titular del secreto. Las argumentaciones de BAJO a este respecto son concluyentes. De entre ellas resultan particularmente indicativas las que afectan a la desprotección en que quedarían, caso de que efectivamente se mantuviera como bien jurídico amparado la voluntad, los secretos desconocidos por el mismo titular de ellos a que antes me he referido y a falta de explicación posible, a partir de la postura del combate, sobre el objeto jurídico, de la tutela del secreto tras el fallecimiento de su titular. Así lo entiende también (ratificadoramente) Código de Deontología Médica que, en cuanto a lo primero, señala en el párrafo tercero de su artículo 43: “El secreto cubre todo lo que llega a conocimiento del médico en el ejercicio de su profesión, no sólo lo que se le confíe, sino también lo que haya podido ver, oír o comprender.” DE TOLEDO Y UBIETO Emilio Octavio. Algunas reflexiones sobre el tratamiento jurídico del secreto profesional. Revista La ley. Tomo I 1983. Páginas 1140 y 1141.

¹³⁶ “La obligación de guardar el secreto trata de proteger la confianza que el cliente deposita en el profesional. Este acude al abogado sabiendo que lo que pueda decir quedará protegido por el secreto profesional. Sí, posteriormente, el letrado revelara el secreto, traicionaría la confianza del cliente y, en consecuencia, la confianza (básica en la relación abogado – cliente) se desplomaría. CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. página 196.

¹³⁷ Refiriéndose concretamente a la excepción establecida por la ley de enjuiciamiento criminal respecto del deber de formular denuncia, señala Cervilla Garzón“ la justificación de este precepto se encuentra en las implicaciones públicas que tiene la obligación de secreto que pesa sobre el abogado, implicaciones que, como ya hemos hecho referencia, están fundamentadas en el derecho a la defensa que todo sujeto tiene y que para su ejercicio precisa la actividad profesional del abogado, actividad que no podría desempeñarse correctamente sin la obligación de secreto. Así, en la colisión del derecho a que los delitos sean perseguidos y castigados,

e incluso se explica la existencia de la figura en el propio prestigio de la abogacía.¹³⁸

Tal como se anotó anteriormente, el buen funcionamiento del sistema judicial, se asienta sobre dos pilares fundamentales, que son, la imparcialidad del juez y la independencia del abogado.

La independencia del abogado, en cuanto se predica respecto de los terceros, de los jueces y de los intereses o creencias personales del propio abogado, se concreta en la lealtad al cliente.¹³⁹

La lealtad, viene a ser la contrapartida contractual de la confianza que el cliente deposita en el abogado, y es al interior de ese juego de cargas

derecho que tiene su base en el bien jurídico protegido por el delito en cuestión que se trate, de trascendencia e interés público, y el derecho a defensa, de trascendencia pública e interés público también, puesto que implica el buen funcionamiento de la justicia y, en última instancia, el correcto ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, prevalece el segundo frente al primero, por lo que el abogado no está obligado a denunciar. (He subrayado) CERVILLA GARZÓN María Dolores. La prestación de servicios profesionales. O.C., página 312.

¹³⁸ Anota Francisco Soto Nieto: “Pocos principios deontológicos han merecido un trasplante tan decidido desde el plano de la especulación ética al área de la más estricta y rigurosa juridicidad. Es abogado es el confidente necesario de aquel que acude a su patrocinio, dirección y consejo para la defensa bienes más preciados. una exigencia moral mínima lleva al respecto e incolumidad de ese acervo noticioso que se aporta al conocimiento del abogado. La indiscreta publicidad por este de cuanto sigilosamente le fue confiado puede desencadenar una onda de consecuencias de difícil previsibilidad. Daños morales muy diversos, daños patrimoniales ante reveses en la suerte del proceso en curso, y, sobre todo, daños al colectivo profesional para el que resulta vital el mantenimiento de un clima de confianza generalizada, base del prestigio y desenvolvimiento de la profesión. (He subrayado) SOTO NIETO FRANCISCO. Revelación del secreto profesional por abogado. Consentimiento del cliente. Revista jurídica española LA LEY Tomo I 1997. Página 2019.

¹³⁹ El deber de lealtad a su vez aparece normativamente limitado por la otra arista de la independencia (la ejercida frente al mismo cliente), que viene determinada por los deberes concurrentes que el profesional del derecho debe cumplir.

contractuales, que encuentra su fundamento el deber particular al cual nos referimos.¹⁴⁰

El secreto profesional permite asentar la aceptación del aparato jurisdiccional del Estado como medio para la solución de los conflictos que se presentan en la sociedad. Si no existiera secreto profesional y las personas, para acceder a la justicia, tuvieran que sacrificar su intimidad, revelándola a quien no está obligado a guardar reserva, probablemente dejarían en alguna medida de recurrir a la misma, con las consecuencias disolventes que ello puede producir en el tejido social.¹⁴¹

En desarrollo de lo expuesto el secreto profesional se defiende también, y si se quiere, fundamentalmente, atendiendo intereses colectivos, ya que en últimas constituye un pilar sobre el cual se edifica el buen

¹⁴⁰ la relación entre la independencia abogado y la necesidad secreto profesional aparece resaltada por Antonio Plasencia Monleon, quien señala: “Seguramente ningún principio es tan general a la abogacía, en cualquier de los países considerados como libres, como el principio de la independencia del abogado. Sin embargo, tal principio, absolutamente esencial para que el abogado pueda ejercer su profesión -que para algo es considerada como una de las llamadas <profesiones liberales>- no puede imaginarse sin ir estrechamente ligado a la necesidad de la existencia del secreto profesional. El secreto profesional es evidentemente resultado de la relación de confianza que existe entre el abogado y el cliente. El día en que él secreto profesional dejara de existir, la abogacía perdería su razón de ser.” PLASENCIA MONLEON Antonio. Secreto profesional e independencia del abogado según el derecho español. Revista jurídica del Catalunya. Año LXXXVI. NUM.3 Barcelona, 1987, página 122.

¹⁴¹ “ la revelación del secreto al profesional es necesaria para que éste pueda tratar adecuadamente el problema que se somete a su consideración, también puede decirse que la necesidad de someter a su consideración el problema es ineludible en una sociedad profundamente regida por la división del trabajo y la especialización. Difícilmente le cabe otra alternativa al particular -que no sea la abstencionista o la de autobastarse, con desastrosos efectos-, cuando se encuentra en o ante ciertas situaciones, que recurrir, por ejemplo, al abogado al médico; a profesionales, en suma. DE TOLEDO Y UBIETO Emilio Octavio. Algunas reflexiones sobre el tratamiento jurídico del secreto profesional. Revista La ley. Tomo I 1983. Páginas 1135.

funcionamiento de la justicia, por lo que el deber de reserva se proyecta incluso más allá de aquellos asuntos conocidos por el cliente e igualmente más allá de aquellos que este desea mantener en secreto.

Por atender al mismo tiempo intereses particulares del cliente, e intereses generales de la colectividad, el secreto profesional se revela en una doble faceta de deber para con el cliente y derecho del abogado frente a la sociedad¹⁴², existiendo circunstancias en las cuales la faceta del derecho se proyecta con mayor intensidad que la que determina un vínculo obligacional para con el cliente. Se ha dicho a ese respecto que la dispensa del secreto formulada por el cliente, o lo que es lo mismo el consentimiento prestado en el sentido de autorizar la revelación, libera de responsabilidad al profesional del derecho, en caso de que decida comunicar la información protegida por el secreto, pero no resulta de obligatorio acatamiento, toda vez que el abogado, atendiendo los altos intereses que le corresponde custodiar, puede decidir, de acuerdo con su independencia, sobre la conveniencia de la revelación.¹⁴³

El estatuto General de la abogacía, aprobado por el Real Decreto 2090/1982, al cual se ha hecho antes referencia, disponía en su artículo

¹⁴² Anota a este respecto Crespo Mora: "... el secreto profesional se manifiesta en el abogado no sólo como deber (deber de no revelar o descubrir los secretos del cliente) sino también como derecho (derecho a guardar silencio; derecho a no ser obligado a revelar estos secretos). Así lo reconocen los artículos 2.3.1 CDAUE y 5.2 Y 5.8 CDAE" CRESPO MORA Maria Carmen. O.C. Págs. 198 y 199.

¹⁴³ "El titular puede desvelar la intimidad cuando bien le parezca pero ello no lleva consigo que el testigo no pueda hacer uso de la facultad de abstención reconocida en el artículo 416. 2 de la ley de enjuiciamiento criminal. El consentimiento del cliente a la declaración no desvirtúa la facultad del abogado de no ceder a la instancia de aquel, cualquiera que sea la razón de la solicitud." SOTO NIETO Francisco. O.C. Pág. 2020

41: "El abogado tiene el deber y el derecho de guardar secreto profesional. El secreto profesional constituye al abogado en la obligación y en el derecho de no revelar ningún hecho ni dar a conocer ningún documento que afecte a su cliente, de lo que hubiere tenido noticia por el mismo en razón de su ejercicio profesional."

Nótese que el precepto transcrito atribuye al secreto profesional una dimensión de derecho del cual el abogado es también titular, frente a las autoridades que pretendan obtener del mismo la revelación de información protegida; proyecta el ámbito del deber a la información vertida en documentos, disponiendo la prohibición de darlos a conocer; y finalmente predica el deber de sigilo respecto de toda aquella información a la cual el abogado acceda en ejercicio de su profesión, independientemente de que sea o no en el desempeño de la gestión que el cliente le hubiere encomendado.

De otra parte el estatuto en cita, precisa que la obligación de secreto dice relación exclusiva a la información cuya revelación puede resultar perjudicial para los intereses del cliente, de donde se colige que la revelación de información favorable a dichos intereses, no necesita dispensa o autorización, y constituye por el contrario un deber a cargo del abogado.

La revelación y además la prueba en legal forma de tales hechos favorables al cliente, hace parte de la obligación principal a cargo del

mismo, tal como se ha señalado anteriormente, cuando el contrato se encuentre aún en ejecución.

De esta forma el deber de secreto se revela conexo con el derecho del cliente a no incriminarse, que en materia penal es absoluto y en el plano civil se concreta en la consideración conforme a la cual le resulta potestativo hacer o no confesión espontánea.

Estatuto general de la abogacía española aprobado en 2001, regula el secreto profesional por remisión a la ley orgánica del poder judicial, mediante la siguiente formulación:

“Artículo 32. 1. De conformidad con lo establecido por el artículo 437.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.

2. En el caso de que el Decano de un Colegio, o quien estatutariamente le sustituya, fuere requerido en virtud de norma legal o avisado por la autoridad judicial, o en su caso gubernativa, competente para la práctica de un registro en el despacho profesional de un abogado, deberá personarse en dicho despacho y asistir a las diligencias que en el mismo se practiquen, velando por la salvaguarda del secreto profesional.”

El artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial invocado, a su vez dispone, “ **Artículo Cuatrocientos treinta y siete.**

.....

2. Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.”

Resulta sin embargo novedoso dentro del estatuto profesional vigente en España el contener disposiciones orientadas a articular la logística del cumplimiento del deber mediante el establecimiento de la prohibición de compartir locales o servicios con profesionales incompatibles¹⁴⁴, o a garantizar el deber de secreto profesional en el marco del ejercicio colectivo de la profesión.¹⁴⁵

¹⁴⁴ **Artículo 21.** Los abogados tienen la siguientes prohibiciones, cuya infracción se sancionará disciplinariamente:

.....

b) Compartir locales o servicios con profesionales incompatibles, si ello afectare a la salvaguarda del secreto profesional.

.....

¹⁴⁵ **Artículo 28.**

1. Los abogados podrán ejercer la abogacía colectivamente, mediante su agrupación bajo cualquiera de las formas lícitas en derecho, incluidas las sociedades mercantiles.

2. La agrupación habrá de tener como objeto exclusivo el ejercicio profesional de la abogacía y estar integrada exclusivamente por abogados en ejercicio, sin limitación de número. No podrá compartir locales o servicios con profesionales incompatibles, si ello afectare a la salvaguarda del secreto profesional. Tanto el capital como los derechos políticos y económicos habrán de estar atribuidos únicamente a los abogados que integren el despacho colectivo.

Por su parte el Código de Deontología De Los Abogados de la Comunidad Europea, aceptado por el Consejo General de la Abogacía Española en septiembre 22 de 1989, señala con respecto al secreto profesional: “Forma parte de la naturaleza misma de la misión del abogado que este sea depositario de los secretos de su cliente y destinatario de comunicaciones y confidencias. Sin la garantía de la confidencialidad no puede haber confianza. El secreto profesional está, pues, reconocido como derecho y deber fundamental y primordial del abogado.” (Aparte 2.3.1)

“El abogado debe respetar el secreto de cualquier información confidencial transmitida a él por su cliente, que se refiera al propio cliente o a terceros en el marco de los asuntos de su cliente.” (Aparte 2.3.2)

“El abogado hará respetar el secreto profesional a su personal y a cualquier persona que colabora con él en su actividad profesional.” (Aparte 2.3.3)

El estatuto deontológico europeo de los abogados coloca el secreto profesional en la base de la relación de confianza que debe existir entre estos profesionales y sus clientes; extiende el deber de secreto a la información revelada al abogado por el cliente y que sea relativa a terceros; y finalmente dispone la responsabilidad del abogado por las infidencias o actos de revelación en que incurra cualquiera de sus colaboradores.

El secreto profesional, como se indicó, protege no sólo aquella información que el cliente hubiere querido revelar al abogado, sino todo aquello que el profesional del derecho pueda llegar a conocer por razón de la gestión que le ha sido confiada, aún cuando pueda ser desconocido del cliente.

En atención a las finalidades públicas del deber de secreto, pareciera incluso que el abogado debería abstenerse de revelar hechos relativos a un cliente con el cual no subsista la relación profesional y que llegare a conocer en ejercicio de su profesión, luego de la terminación de la relación y con ocasión de servicios prestados a personas diferentes al cliente aludido, en los casos en los cuales se cumplan las siguientes condiciones: a) Que la revelación de la información pueda resultar perjudicial a los intereses del cliente; y b) Que el perjuicio potencial se produzca dentro de una causa o cometido en los cuales el abogado hubiere tenido manejo o directa participación.

Debe considerarse que por razón de la atención de un asunto, el abogado adquiere una mayor capacidad de poner en contexto, o de encontrarle sentido a, cualquier información que sobre el mismo asunto pueda llegar a su conocimiento, por lo que, incluso respecto de hechos no revelados por el cliente, y que sean conocidos por el abogado después de la terminación de la relación contractual o de la prestación del servicio, o al interior de una relación contractual diferente, debería mantenerse el deber de secreto.

De otra parte, la revelación de hechos relativos a un proceso o encargo profesional, por parte de un abogado que lo hubiere atendido anteriormente, y que resulte perjudicial para dicha gestión, produce un efecto devastador e irremediable sobre la suerte del mismo, de cara a lo cual debería tenerse por proscrito ese tipo de revelación, cualquiera que sea la forma en la cual el abogado respectivo hubiere accedido al conocimiento del hecho, ya sea con posterioridad a la cesación por cualquier causa de sus servicios profesionales, o en desarrollo una relación profesional sostenida con una persona diferente.

El deber de secreto, con el alcance que ha sido definido, es una manifestación del <deber de lealtad>¹⁴⁶, que tiene asiento en el ámbito de la relación contractual.

Para Crespo Mora “el secreto es otra de las prestaciones accesorias que impone el abogado del contrato suscrito por las partes, sin necesidad de una específica y singular encomienda o advertencia del cliente”¹⁴⁷, lo cual en nuestro ordenamiento se produce al amparo del art. 1603 del C.C.

¹⁴⁶ CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág. 197-

¹⁴⁷ CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág. 197. En el mismo sentido se pronuncia CERVILLA GARZÓN María Dolores. La prestación de servicios profesionales. O.C. página 41.

La duración del deber de secreto profesional trasciende al tiempo durante el cual subsiste la relación contractual, e incluso a la muerte del cliente.

Incluso para el evento de que surtidas las tratativas, el abogado o el cliente decidan no concluir el contrato, surge con carácter vinculante el deber de secreto¹⁴⁸, y su incumplimiento tendrá en tal caso tratamiento por la vía de la responsabilidad precontractual.

El deber de secreto puede ser incumplido por acción, como es el caso de la revelación de la información recabada por el abogado, efectuada dentro o fuera de juicio, e incluso a través de la publicidad¹⁴⁹; o por omisión mediante una actitud negligente en la custodia de los documentos o comunicaciones recibidos de cliente¹⁵⁰, o en el cuidado

¹⁴⁸ “la confidencialidad sobre la información recibida deberá mantenerse, incluso, aunque el letrado rechace hacerse cargo del asunto. Es decir, también está obligado a guardar secreto de los antecedentes del caso, previos a la aceptación de encargo y que el cliente debe ineludiblemente y con carácter previo, referirle por si acepta o no.” CERVILLA GARZÓN María Dolores. La prestación de servicios profesionales. O.C. Pág. 314

¹⁴⁹ Código Deontológico de la abogacía española. Artículo 7.- De la publicidad

1.- El abogado podrá realizar publicidad, que sea digna, leal y veraz, de sus servicios profesionales, con absoluto respeto a la dignidad de las personas, a la legislación existente sobre dichas materias, sobre defensa de la competencia y competencia desleal, ajustándose en cualquier caso a las normas deontológicas recogidas en el presente Código y las que, en su caso, dicte el Consejo Autonómico y el Colegio en cuyo ámbito territorial actúe.

2.- En particular, se entiende que vulnera el presente Código Deontológico, aquella publicidad que suponga:

a) Revelar directa o indirectamente hechos, datos o situaciones amparados por el secreto profesional.”

¹⁵⁰ CERVILLA GARZÓN María Dolores. La prestación de servicios profesionales. O.C. Págs. 314 y 315

de sus colaboradores, o en la selección de los profesionales con los cuales comparte locales o servicios.

Podemos definir el deber de secreto como la obligación de guardar reserva sobre un asunto desconocido por terceros, que resulta relevante dentro de una gestión encomendada al abogado y que llega al conocimiento del mismo, bien por revelación directa del cliente; bien por haberlo descubierto en desarrollo del encargo que le ha sido conferido por el propio cliente; o bien de cualquier forma en ejercicio de la profesión¹⁵¹, y cuya revelación a terceros puede perjudicar al cliente¹⁵².

Tal como se mencionó la información favorable al cliente no hace parte del deber de secreto, y su revelación, antes que un caso de excepción frente al deber, es obligatoria para el abogado.

Se destaca a este respecto que a pesar de lo establecido por el estatuto General de la abogacía española aprobado en 1982, en su artículo 41, antes transcrito, algunos autores estiman que la totalidad de la información recibida por el abogado está cobijada por el deber de secreto, y que en los casos en los cuales resulte conveniente para los

¹⁵¹ CERVILLA GARZÓN. Maria Dolores. La prestación de servicios profesionales. O.C. página 297

¹⁵² CERVILLA GARZÓN. Maria Dolores. La prestación de servicios profesionales. O.C. página 314

intereses del cliente revelar parte de la información, nos encontraremos ante una situación de excepción.¹⁵³

Naturalmente la última palabra en lo que hace a calificar la conveniencia de la revelación corresponde al cliente, y debe el abogado acatar lo resuelto a ese respecto por el mismo.¹⁵⁴

No obstante lo anotado, si en el ámbito estrictamente privado el deber de secreto es un desprendimiento de la relación de confianza, la obligación como tal sólo cobijará, para proscribirlas, aquellas conductas que potencialmente pueden afectar dicha relación, descripción dentro de la cual no se comprende la transmisión de información con el fin de producir resultados favorables para el cliente.

Es de destacar que los estatutos deontológicos vigentes en España, dentro la regulación del secreto profesional recogen deberes que no tienen por beneficiario al propio cliente.

¹⁵³. “Curiosamente la materia sobre la que versa el secreto no siempre debe permanecer oculta. En numerosas ocasiones estas confidencias tienen por objeto la defensa procesal de su cliente por lo que, necesariamente, deben salir a la luz pública. Y en estos casos queda totalmente liberado del secreto. Es más, fruto del mismo, es esta obligación del letrado de ser meticuloso en cuanto a la información que, de toda la confiada, va a ser necesaria para la defensa jurídica de su cliente; y solamente se utilizará la necesaria y no más. Sobre el resto de la información recibida se mantendrá la obligación de silencio.” CERVILLA GARZÓN. María Dolores. La prestación de servicios profesionales. O.C. página 314.

¹⁵⁴ en tales casos que el abogado obtenga de su cliente el otorgamiento de un documento en el cual este de cuenta de haber sido informado de los riesgos de su decisión. CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág. 207

Tanto el estatuto general de la abogacía española aprobado en 2001 como el código deontológico de la abogacía española, coinciden en establecer como objeto de secreto las conversaciones sostenidas con los contrarios y sus abogados

En consonancia con lo anotado CRESPO MORA recoge como formas de violación del deber de secreto las siguientes: “la publicidad que suponga la revelación directa o indirecta de hechos, datos o situaciones amparados por este secreto (artículo 25. 2 EGAE), la revelación de las conversaciones mantenidas con los clientes, los contrarios o sus abogados, de presencia o por cualquier medio telefónico o telemático. (Artículos 5.4 y 12.12 CDAE); la revelación al cliente o a los tribunales de las cartas, comunicaciones o notas que reciba del abogado de la otra parte, salvo expresa autorización del mismo (artículo 5.4 CDAE); el descubrimiento del secreto por parte de su personal o de cualquier otra persona que colabore con él en el desarrollo de su actividad profesional (artículos 2.3.3 CDAE y 5.6 EGAE); la violación del secreto de las informaciones obtenidas en la relación con un antiguo cliente en beneficio del nuevo cliente (artículos 3.2.2 y 3.2.3 CDAE y 13.5 y 13.6 EGAE)” (He subrayado) ¹⁵⁵

Bien por el contrario el código deontológico de los abogados de la unión europea, restringe el secreto profesional al ámbito de las

¹⁵⁵ CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O. C. página 195.

relaciones del abogado con su cliente, y dota de reserva las comunicaciones entre abogados exclusivamente cuando dicha confidencialidad ha sido solicitada expresamente.¹⁵⁶

Constituyen casos de excepción al deber de secreto, la dispensa del cliente y otras situaciones que aparecen delineadas en los distintos estatutos deontológicos con perfiles imprecisos.¹⁵⁷

La dispensa o consentimiento del cliente, produce como resultado que “El interesado hace dejación de su derecho de control. El secreto desaparece como tal, subsistiendo tan sólo la <noticia> reflejo de una pretérita realidad.”¹⁵⁸

¹⁵⁶ A tal respecto se señala. “5.3. Correspondencia entre Abogados.

5.3.1. El Abogado que dirija a un compañero de otro Estado miembro una comunicación que desea que tenga carácter «confidencial» o «without prejudice» deberá expresar dicha voluntad claramente en el momento del envío de tal comunicación.

5.3.2. En el caso de que el destinatario de la comunicación no estuviera en condiciones de otorgarle un carácter «confidencial» o «without prejudice», deberá devolverla al remitente sin revelar su contenido.

En reconocimiento de dicho tratamiento diferencial el artículo 12.12 del CÓDIGO DEONTOLÓGICO DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, señala: “12.- Las comunicaciones con abogados extranjeros deben ser consideradas también de carácter confidencial o reservado, siendo recomendable se requiera previamente del colega extranjero su aceptación como tales.”

¹⁵⁷ El artículo 5º ordinal 8º del código deontológico de la abogacía española, señala: “8. El secreto profesional es un derecho y deber primordial de la Abogacía. En los casos excepcionales de suma gravedad en los que, la obligada preservación del secreto profesional, pudiera causar perjuicios irreparables o flagrantes injusticias, el Decano del Colegio aconsejará al Abogado con la finalidad exclusiva de orientar y, si fuera posible, determinar medios o procedimientos alternativos de solución del problema planteado ponderando los bienes jurídicos en conflicto. Ello no afecta a la libertad del cliente, no sujeto al secreto profesional, pero cuyo consentimiento no excusa al Abogado de la preservación del mismo.” (He subrayado)

¹⁵⁸ SOTO NIETO FRANCISCO. Revelación del secreto profesional por abogado. Consentimiento del cliente. Revista jurídica española LA LEY Tomo I 1997. Página 2020.

Los otros casos de excepción “Se trata de de una serie de situaciones en las que sobreviene un conflicto de intereses (el interés particular del cliente en el mantenimiento del secreto, por un lado, y el interés de la comunidad o del letrado en su revelación, por otro) cuyo resultado es que el derecho al secreto del cliente ha de supeditarse al interés de la comunidad.”¹⁵⁹

La doctrina española cita como eventos en los cuales estaría justificada la revelación del secreto la situación en la cual el abogado tenga conocimiento de la intención del cliente de cometer un delito; y la situación en la cual la revelación del secreto está orientada a proteger al propio abogado de acusaciones que se le formulen por vía civil o penal.¹⁶⁰

Habida cuenta de la indeterminación de tales situaciones justificantes de la revelación, los estatutos deontológicos suelen establecer una consulta con autoridades colegiales a fin de calificar la trascendencia de la situación particular, como es el caso del Decano del Colegio, en el Código Deontológico de la Abogacía Española, o La Junta de Gobierno, para el conjunto de Usos y Costumbres de la Abogacía catalana.¹⁶¹

¹⁵⁹ Crespo Mora María Carmen. O.C. pág. 205

¹⁶⁰ Crespo Mora María Carmen. O.C. pág. 206 y 207; y CERVILLA GARZÓN. Maria Dolores. La prestación de servicios profesionales. O.C. página 314

¹⁶¹ PLASENCIA MONLEON Antonio. Secreto profesional e independencia del abogado según el derecho español. Revista jurídica del Catalunya. Año LXXXVI. NUM.3 Barcelona, 1987, página 131.

El secreto profesional ha sido objeto de reconocimiento por parte de la constitución política colombiana, la cual en su artículo 74, dispone:

“ARTICULO 74. Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley.

El secreto profesional es inviolable. “

Dentro de la legislación nacional el deber de secreto ha recibido específica consagración como obligación a cargo de los abogados, en el artículo 28 de la ley 1123 de 2007, el cual, en su ordinal 9º, dispone que, corresponde a los profesionales del derecho. “Guardar el secreto profesional, incluso después de cesar la prestación de sus servicios.”

En adición a lo expuesto, es de destacar que el ordinal 8º del precepto en mención, establece como deber profesional: “obrar con lealtad y honradez en sus relaciones profesionales...”

Por su parte el artículo 34 de la citada ley 1123 de 2007, en el literal f), consagra como falta de lealtad con el cliente: “Revelar o utilizar los secretos que le haya confiado el cliente, aún en virtud de requerimiento de autoridad, a menos que haya recibido autorización escrita de aquel, o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito;”.

Es pertinente señalar, con respecto al último de los preceptos transcritos, que la formulación utilizada por el legislador nacional en el

estatuto correspondiente al régimen disciplinario de los abogados, en lo que corresponde a la descripción de las conductas profesionales sancionables desde ese punto de vista, ciertamente no resulta afortunada, toda vez que restringe injustificadamente el amparo que se brinda al deber de secreto, limitándolo exclusivamente a la revelación de aquellos conocimientos que el profesional del derecho hubiere recibido, por haberle sido <confiados por el cliente>, dejando fuera del alcance del amparo disciplinario la reserva de los conocimientos adquiridos directamente por el profesional en el ejercicio del encargo que le ha sido confiado

.

Tomando en consideración que de conformidad con el art. 3° de la ley 1123 de 2007, “El abogado sólo será investigado y sancionado disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización y conforme a las reglas fijadas en este código o las normas que lo modifiquen”, algunas violaciones del secreto, establecido en la constitución política y en el listado de deberes de la ley 1123 de 2007, constituirán exclusivamente un ilícito civil, y no tendrán sanción distinta de la que derive de la necesidad de indemnizar los perjuicios que resulten consecuenciales al incumplimiento del deber.

Habida consideración de que la consagración del secreto profesional dentro del cuerpo constitucional, le atribuye al mismo el carácter de garantía democrática, no resultaría aceptable interpretar que el ámbito

del deber consagrado en el art. 28 regla 9ª de la ley 1123 de 2007, se restringe al perfilado por el art 34 de la citada ley en el literal f), al definir la falta disciplinaria, toda vez que la facultad de configuración legislativa, no puede despojar a la figura del alcance pleno que corresponde a su naturaleza integralmente considerada.

En síntesis, la descripción normativa contenida en el literal f) del artículo 34 de la ley 1123 de 2007, con el alcance restringido perfilado por el legislador, se articula a espaldas del verdadero fundamento del deber de secreto, y por ende ha de ser acogida estrictamente para los efectos disciplinarios, en atención a la exigencia constitucional de tipicidad legal dentro de los regímenes sancionatorios; pero no resultará de aplicación para recortar el alcance de la obligación de secreto del abogado para con su cliente, en el plano de la responsabilidad civil, campo en el cual ha de ser considerada la figura en toda su dimensión, a fin de aplicar el criterio de integración del espectro obligacional del deudor, establecido por el artículo 1603 del C.C.

Se refieren igualmente a la institución del secreto profesional del abogado, por lo que corresponde a sus aspectos procesales, los siguientes preceptos que regulan lo atinente a las excepciones establecidas respecto del deber de testimoniar, y del deber de presentar denuncia criminal.

El artículo 214 del Código de Procedimiento Civil señala:

“EXCEPCIONES AL DEBER DE TESTIMONIAR. No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión:

1. Los ministros de cualquier culto admitido en la República.
2. Los abogados, médicos, enfermeros, laboratoristas, contadores, en relación con hechos amparados legalmente por el secreto profesional.
3. Cualquiera otra persona que por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto.”

El aparte resaltado en el encabezamiento de la norma, consonante con el fundamento de la figura, pone de presente que, al interior del procedimiento civil y por lo que corresponde al deber de testimoniar, el abogado debe acogerse al régimen de excepción establecido por la ley, no sólo respecto de los asuntos revelados por el cliente, sino también respecto de aquellos temas que han llegado a su conocimiento por razón de las funciones profesionales que le han sido encomendadas.

Armonizando el alcance del precepto contenido en el estatuto procedimental civil, con el alcance recortado que se determina en el estatuto disciplinario de la abogacía para los efectos sancionatorios, podría concluirse que, respecto de los asuntos a cuyo conocimiento accede el abogado por el ejercicio del encargo y sin previa revelación

del cliente, le es dado abstenerse de declarar, no obstante lo cual, si decide hacerlo no incurriría en falta disciplinaria.

Tal como se señaló, en este aspecto el tratamiento de la situación del profesional, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, constituye la verdadera protección del deber de secreto, habida cuenta de la necesidad de atender en el plano obligacional, el verdadero alcance del secreto profesional del abogado, que determina la naturaleza de dicha institución.

Por lo que corresponde al deber de testimoniar se ha señalado por el Código de Procedimiento Penal:

“ARTÍCULO 383. OBLIGACIÓN DE RENDIR TESTIMONIO. Toda persona está obligada a rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales.”

Al testigo menor de doce (12) años no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido, en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad. El juez, con fundamento en motivos razonables, podrá practicar el testimonio del menor fuera de la sala de audiencia, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 146 de este código, pero siempre en presencia de las partes, quienes harán el interrogatorio como si fuera en juicio público.”

“ARTÍCULO 385. EXCEPCIONES CONSTITUCIONALES. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

El juez informará sobre estas excepciones a cualquier persona que vaya a rendir testimonio, quien podrá renunciar a ese derecho.

Son casos de excepción al deber de declarar, las relaciones de:

- a) Abogado con su cliente;
- b) Médico con paciente;
- c) Psiquiatra, psicólogo o terapeuta con el paciente;
- d) Trabajador social con el entrevistado;
- e) Clérigo con el feligrés;
- f) Contador público con el cliente;
- g) Periodista con su fuente;
- h) Investigador con el informante. “

Ahora bien, con respecto al deber de denuncia se ha señalado por el código de procedimiento penal:

“ARTÍCULO 67. DEBER DE DENUNCIAR. Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio.

El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente.”

“ARTÍCULO 68. EXONERACIÓN DEL DEBER DE DENUNCIAR. Nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, ni a denunciar cuando medie el secreto profesional.”

El rigor con el cual el ordenamiento procesal penal consagra los derechos que para el abogado derivan del secreto profesional, obedece sin duda a la estrecha relación que existe entre dicha institución y el derecho de defensa, en cuya custodia es más exigente el derecho sancionatorio.

Es de destacar que tanto la Constitución, como el Código De Procedimiento Penal, tienen consagrada la ineficacia de las pruebas obtenidas en forma irregular, por lo que la declaración del abogado rendida en desconocimiento del deber de secreto, no puede ser considerada por el fallador.¹⁶²

¹⁶² Art. 29 C.P. i.f. “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

ARTÍCULO 359. Código de procedimiento penal: EXCLUSIÓN, RECHAZO E INADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba.

Igualmente inadmitirá los medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la Fiscalía con el imputado, acusado o su defensor en desarrollo de manifestaciones preacordadas, suspensiones condicionales y aplicación del principio de oportunidad, a menos que el imputado, acusado o su defensor consientan en ello.

Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios.

<Jurisprudencia Vigencia>

La consideración aludida podría entorpecer la posibilidad de que se concrete el daño consecuencial a la revelación del secreto, al menos cuando dicha revelación se produzca al interior de un proceso.

Habida cuenta de su consagración en la carta política, la figura del secreto profesional ha sido objeto de estudio por la Corte Constitucional. El citado tribunal ha reconocido la doble dimensión de deber y derecho que corresponde al concepto, y al efecto ha señalado:

“El secreto profesional impone a los profesionales que a consecuencia de su actividad se tornan depositarios de la confianza de las personas que descubren o dejan entrever ante ellos datos y hechos de su vida privada, destinados a mantenerse ocultos a los demás, el deber de conservar el sigilo o reserva sobre los mismos. La inviolabilidad del secreto asegura la intimidad de la vida personal y familiar de quien hace partícipe al profesional de asuntos y circunstancias que sólo a él incumben y que sólo con grave detrimento de su dignidad y libertad interior podrían desvelarse públicamente. Adicionalmente, desde el ángulo del profesional, puede afirmarse que existe un derecho-deber a

Corte Constitucional

- Artículo declarado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-209-07 de 21 de marzo de 2007, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda, "en el entendido de que la víctima también puede solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba".

ARTÍCULO 360. PRUEBA ILEGAL. Código de procedimiento penal: El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código.

conservar el sigilo, puesto que de lo contrario, de verse compelido a revelar lo que conoce, irremisiblemente perderá la confianza de sus clientes, su prestigio y su fuente de sustento. También cada profesión, particularmente las ligadas a la prestación de servicios personalísimos, tienen el interés legítimo de merecer y cultivar la confianza pública y, por lo tanto, estigmatizan y sancionan a los miembros que se abandonan a la infidencia y a la divulgación de lo que siempre debe quedar confinado dentro del impenetrable espacio de lo absolutamente reservado. La inviolabilidad del secreto profesional, presupone la previa delimitación de la intimidad del sujeto cuyos datos y hechos constituyen su objeto. De otro lado, las profesiones no están todas en el mismo radio de cercanía de la intimidad personal o familiar, ni el control del Estado sobre ellas debe ser siempre idéntico.”¹⁶³ (He subrayado)

La Corte Constitucional encuentra el fundamento del secreto profesional en la concurrencia de los intereses personales del cliente, referidos fundamentalmente a su derecho a la intimidad¹⁶⁴, los intereses personales del profesional, que entiende legitimado para

¹⁶³ **Sentencia C-538/97**

¹⁶⁴ **Sentencia C-264/96.** “*El secreto profesional, garantizado por la Constitución, asegura la espontaneidad y el ejercicio concreto de la libertad íntima que compromete la parte más centrípeta del yo individual, lo que se traduce en sancionar las revelaciones externas que frustran las experiencias puramente subjetivas que, por ser tales, deben permanecer ocultas. Se comprende que la Constitución asuma la defensa vigorosa de la vida privada, pues cuando de ésta así sea un fragmento se ofrece a la vista y al conocimiento público o social, ella se profana y la persona percibe la infidencia como la más injusta afrenta a su bien máspreciado, que no es otro que su mundo interior.*”

procurar el éxito en su desempeño y aceptación por el mercado, y en el prestigio general de la profesión de que se trate.¹⁶⁵

El secreto profesional del abogado encuentra fundamento adicional, en su carácter instrumental respecto del buen funcionamiento del aparato jurisdiccional por su evidente relación con el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva.

De igual forma la Corte Constitucional ha distinguido entre la divulgación del secreto, que es la conducta que hace patente el incumplimiento del deber, y la información del contenido del mismo a otras personas igualmente obligadas a guardarlo, conducta en la cual la garantía no se entiende vulnerada.¹⁶⁶

En lo atinente a los casos en los cuales resulta pertinente relevar al profesional del deber de secreto ha señalado la Corte:

“La calidad de inviolable que atribuye la Carta al secreto profesional, determina que no sea siquiera optativo para el

¹⁶⁵ **Sentencia C-062/98.** *“La idea de secreto profesional ligada al ejercicio de ciertas actividades resalta la relación de confianza que surge entre peritos en determinada materia o área del conocimiento y las personas que descubren o dejan entrever ante ellos datos y hechos de su vida privada. El deber profesional de conservar sigilo o reserva sobre la información conocida es elemental correlato del vínculo personalísimo que emana de este tipo de relaciones y que tiene por objeto fomentar la confianza pública y el adecuado desarrollo de las actividades sociales.”*

¹⁶⁶ Sentencia No. T-073A/96. *“En el tema del secreto profesional, el hecho conocido nunca debe divulgarse. Para entender este juicio, es necesario advertir que divulgar consiste en el acto de poner en el conocimiento abierto e indeterminado del público, algo de lo que se tiene noción o percepción. Es decir, se entiende por divulgación el revelar ante el público una información, sin seleccionar a los receptores. Así las cosas, divulgar implica difundir un hecho ante personas que no tienen el deber de reserva. En cambio, no es tal conducta la comunicación natural entre individuos legítimamente vinculados a un mismo asunto, reservado para ellos. Luego una cosa es la divulgación y otra la información dentro de la reserva profesional.”*

profesional vinculado por él, revelarlo o abstenerse de hacerlo. Está obligado a guardarlo. Claro que en situaciones extremas en las que la revelación del secreto tuviera sin duda la virtualidad de evitar la consumación de un delito grave podría inscribirse el comportamiento del profesional infractor en alguna de las causales justificativas del hecho.”¹⁶⁷

“Del depositario del secreto se espera un comportamiento profesional fundado en el sigilo, pero este deber tiene un límite objetivo en el momento en que la abstención del médico compromete su deber de respeto por la vida y cuando contra los dictados de su propia consciencia se ve forzado a presenciar cómo su silencio se torna cómplice de la muerte. En realidad, aún respecto de los profesionales, naturalmente a partir de un umbral superior, tampoco son exigibles deberes excesivamente onerosos, es decir, aquéllos que "rebasan el mínimo de lo que razonablemente puede exigirse a un sujeto normal".¹⁶⁸

La falta de una estructura colegial dentro de la abogacía nacional, determina la inexistencia de una instancia de consulta a la cual el abogado pueda plantear sus inquietudes sobre la justificación para

¹⁶⁷ Sentencia No. C-411/93

¹⁶⁸ Sentencia C-264/96

desconocer el secreto, con lo cual carecería de respaldo ante el riesgo de una eventual equivocación.

Capítulo 4 EL DAÑO

En el presente apartado se estudiarán las particularidades de los daños que pueden ser causados por los abogados a sus clientes, con algunas referencias tangenciales a aquellos que pueden sufrir los beneficiarios de los servicios que los reciben sin contrato previo.

El tema del daño causado por los abogados es, si se quiere, el más espinoso de los atinentes a la responsabilidad propia de estos profesionales, lo cual es un desprendimiento natural de que este elemento de la responsabilidad es “ la pieza clave del sistema ya que sin el daño o perjuicio no hay obligación de resarcir y su importancia es tal que la responsabilidad civil se viene estudiando últimamente desde la óptica de los daños, de forma que se identifica a la responsabilidad extracontractual como el <derecho de daños>”.¹⁶⁹

Parece claro que el tema de la responsabilidad del abogado se ha desarrollado al compás de la progresiva ampliación del concepto de daño indemnizable.¹⁷⁰

¹⁶⁹ VICENTE DOMINGO Elena. Capítulo III. El daño. Pág. 304

¹⁷⁰ “La historia de la responsabilidad civil después de 1804 es la de la disolución continua de las cualidades exigidas al daño para ser reparable. “ LE TORNEAU y CADIET. Citados por VICENTE DOMINGO Elena. Capítulo III. El daño. O.C. Pág. 316.

Estando nuestro régimen de responsabilidad civil, al igual que sus modelos, el francés y el español, caracterizado por un sistema de atipicidad del ilícito, estructurado sobre la base de una cláusula abierta¹⁷¹, lo cual de suyo implica una ausencia de restricción, la progresiva ampliación del catálogo de hipótesis para las cuales se reconoce por la jurisprudencia la posibilidad de ser indemnizadas, ha sido determinada no solo por el desarrollo creciente de ciertos derechos cuyos límites son imprecisos y <expansivos>, como la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad, que proyectan sus efectos por fuera de la esfera estrictamente patrimonial; sino además por la aceptación de que el daño esté constituido por la simple violación “de cualquier interés o atributo de la persona”¹⁷², y no sólo por la lesión a un derecho subjetivo o a un interés jurídico protegido, como anteriormente se exigía.¹⁷³

Esa progresiva ampliación del concepto de daño indemnizable se influye recíprocamente con una realidad sociológica proclive a interpretar cualquier infortunio como una especie de desorden que

¹⁷¹ “Los sistemas abiertos o de atipicidad del ilícito <de los daños> que contienen una cláusula abierta en la que únicamente se señalan los requisitos esenciales y básicos que dan lugar a la responsabilidad civil extracontractual o aquilina, a saber, el daño, la relación de causalidad y la culpa o negligencia. “VICENTE DOMINGO Elena. Capítulo III. El daño. O.C. Pág.308.

¹⁷² VICENTE DOMINGO Elena. Capítulo III. El daño. O.C. Pág. 316.

¹⁷³ PANTALEON Fernando entiende por interés, para los efectos de definir el daño, “como el interés <subjetivo – histórico> del concreto dañado en la existencia o integridad de la cosa destruida o deteriorada, o en la realización de la actividad impedida, o en la omisión de la actividad impuesta por la conducta del dañante; no como el interés <objetivo – típico> del que se habla cuando se define el derecho subjetivo como <interés jurídicamente protegido>. COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL. Pág. 1991

vulnera un imaginario en el cual la felicidad y la ausencia de perturbaciones serían la situación imperante antes de cualquier interferencia.

La negación de cualquier sentido trágico a la vida, e incluso del simple azar, conducen a buscar un responsable para cualquier revés de la fortuna, lo cual, en no pocos casos, se hace a costa de desconocer las responsabilidades del Estado, para asignar la recomposición de algunos efectos derivados de inequidades que a éste correspondería corregir, a otras personas a las cuales se les vincula con el infortunio o con sus efectos.¹⁷⁴

Señala a este respecto Elena Vicente Domingo que la ampliación de los daños indemnizables “responde a un fenómeno social firmemente implantado en todas las sociedades desarrolladas y que consiste no sólo en que se exige en todos los casos en los que hay un daño, la reposición del perjudicado al estado anterior a la producción del daño o su equivalente en dinero sino también en que prácticamente toda frustración personal se convierte en daño en busca de un responsable. Hay cierta inversión en el procedimiento en el sentido siguiente: una vez producido el daño, no se asume como consecuencia de azar o de la

¹⁷⁴ El pleno empleo, que constituye una especie de utopía social, se da por sentado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que supone, para efectos indemnizatorios, que toda persona gana al menos el salario mínimo. Señala a este respecto Juan Carlos Henao, que “si (la víctima / su abogado) no logra convencer al juez de que el difunto ganaba una suma superior al salario mínimo, la indemnización se hará con base en éste.” HENAO Juan Carlos. *El Daño*. Universidad Externado de Colombia. 1998. Pág. 289. Lo decidido en el proceso adelantado contra la administración puede resultar afectando a particulares, por la vía de la acción de repetición, consagrada en el art. 90 inciso 2° de la constitución política.

mala suerte, sino que todos los esfuerzos se dirigen a encontrar un responsable.”¹⁷⁵

La aludida tendencia naturalmente no es absoluta, y se encuentra limitada por conceptos como el denominado criterio del “*riesgo general de la vida*”, que al interior de la imputación objetiva “propone negar la imputación de aquellos resultados dañosos que sean realización de riesgos habitualmente ligados al natural existir del perjudicado: tanto los vinculados a formas de conducta ordinarias o que cabe siempre esperar en el transcurso de la existencia del dañado, como los ligados de manera muy general a la existencia humana en la forma de socialización y civilización correspondiente.”¹⁷⁶

Los indeterminados contornos del concepto <daño> obligan a entenderlo en una doble dimensión *subjetiva y real concreta*¹⁷⁷, de conformidad con lo cual “Debe entonces aceptarse un concepto del daño patrimonial a la vez <**subjetivo**>-, que, salvo que una norma disponga excepcionalmente en contrario, tenga siempre en cuenta las específicas circunstancias del concreto dañado (que pueden hacer que, p. ej. en caso de destrucción de una cosa, el daño sufrido por su dueño sea inferior al valor de mercado de la cosa o, incluso, nulo: había decidido destruirla; la había vendido , aunque aún no entregado, pero

¹⁷⁵ VICENTE DOMINGO Elena. Capítulo III. El daño. Pág 305.

¹⁷⁶ PANTALEON Fernando. Comentario del código civil. O.C. Pág-1985

¹⁷⁷ PANTALEON Fernando. Comentarios al código civil. O.C. Págs. 1990 y 1991

el riesgo había pasado ya al comprador)-, y <real concreto>: que parta de los singulares factores de daño, cada uno de ellos <daño en sí> (fenómeno real al que no pueden <sacar del mundo> acaeceres hipotéticos), en lugar de disolverlos en una diferencia matemática entre dos situaciones patrimoniales globales, una real y otra hipotética.”

En la aplicación de la teoría general del daño a la situación particular de los abogados es menester, por vía general, determinar de qué forma ha de aplicarse la limitación de responsabilidad que establece el artículo 1616 del Código Civil; e igualmente efectuar algunos comentarios sobre el reconocimiento de los denominados perjuicios morales respecto de las personas jurídicas.

Por lo que corresponde al primero de los temas propuestos, es de destacar que en un sector de la doctrina española predica la aplicación analógica del artículo 1107 del Código Civil, que es el equivalente de nuestro artículo 1616, respecto de la responsabilidad extra contractual.

María Carmen Crespo Mora ha señalado a este respecto: “En relación con esta cuestión existen dos soluciones doctrinales antagónicas. Por un lado, algunos autores consideran aplicable el artículo 1107 Cc a la responsabilidad extracontractual (entre otros, COSSÍO, DE CASTRO, YZQUIERDO TOLSADA Y DE ÁNGEL YAGUEZ). Por otro, CASTÁN,

PANTALEON PRIETO, MIQUEL GONZALEZ y ALBALADEJO GARCÍA se pronuncian en contra de esta posibilidad.”

“Los defensores de la aplicación analógica de este precepto a la responsabilidad extra contractual alegan la injusticia que provocaría lo contrario (esto es, que fueran tratados de igual forma el dañante extra contractual doloso y el que actuó sin dolo). Otro argumento en defensa de esta tesis es la ubicación sistemática el artículo 1107 Cc en sede de la teoría general de la obligación, lo que permite su aplicación a todas las obligaciones, no sólo a las de origen contractual.”

“Sin embargo, en este punto debe seguirse, de nuevo, la opinión de PANTALEÓN PRIETO. Aunque el citado autor no encuentra inconvenientes para la aplicación del requisito a la <consecuencia necesaria> (previsto en el artículo 1107.1 Cc para el deudor contractual de buena fe) a la responsabilidad extra contractual, considera que esta conclusión no es predicable respecto al requisito de previsibilidad recogido en el citado artículo. El juicio de previsibilidad, por definición, exige que la previsión se realice respecto a un hecho o acontecimiento futuro. En el ámbito de la responsabilidad contractual, esta previsión es posible porque el momento de constituirse la obligación (el momento de celebración del contrato) es anterior al hecho previsto, es decir, el daño. Sin embargo en la responsabilidad extra contractual esos dos momentos (la constitución de la obligación,

por un lado, y la producción del daño, por otro) coinciden, por lo que no es posible la previsibilidad.”¹⁷⁸

Se destaca que la objeción planteada por PANTALEÓN PRIETO, a la aplicación analógica, resulta consecuente con su posición de conformidad con la cual se encuadrarían en la responsabilidad contractual también aquellos casos en los cuales preexiste al daño algún tipo de derecho radicado en cabeza del beneficiario del servicio, así el abogado no tenga directamente el carácter de deudor contractual de aquel. Tal es la situación, por ejemplo, del trabajador afiliado a un sindicato, que por razón de la afiliación recibe los servicios profesionales de un abogado que ha sido contratado directamente por el sindicato.¹⁷⁹

Entiende Fernando Pantaleón que la responsabilidad contractual surge en todos aquellos casos en los cuales se produce el “incumplimiento dañoso de una obligación o de un deber accesorio, integrante de una relación jurídica preexistente entre las partes, sea de origen contractual o no.”¹⁸⁰

¹⁷⁸ CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. páginas 355 y 356

¹⁷⁹ Tal conclusión es planteada por CRESPO MORA. O.C. Pág. 357

¹⁸⁰ PANTALEON PRIETO A. Fernando. Comentarios al código civil. Capítulo II. De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia. O.C. Pág. 1977

En tales situaciones, al iniciarse la prestación del servicio es factible efectuar el acto de previsión anticipada de cuya imposibilidad se duele el citado autor respecto de la responsabilidad extra contractual.

La aludida interpretación analógica del precepto que establece la limitación de responsabilidad en el ámbito contractual, respecto de situaciones como las descritas en el párrafo anterior, podría resultar de recibo en nuestro ordenamiento, para zanjar cualquier controversia sobre los contornos de la responsabilidad contractual, máxime cuando el artículo que establece el principio de la reparación integral, esto es, el artículo 16 de la ley 446 de 1998, permite considerar razones de equidad al momento de determinar el quantum indemnizatorio.¹⁸¹

No se ven razones plausibles para que situaciones que guardan estrecha analogía vayan a recibir tratamientos diferentes, siendo que claramente el legislador ha postulado que en los casos en los cuales es posible la previsibilidad del daño, la misma marque el límite de la responsabilidad, cuando la conducta del agente no denota la intención manifiesta de causar el perjuicio.

La aplicación del principio conforme al cual la responsabilidad derivada de factores de imputación diferentes del dolo, no comprende los daños que no fueron previsibles, se ve matizada por la discusión

¹⁸¹ Señala el artículo: “ARTICULO 16. VALORACION DE DAÑOS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”

doctrinal sobre cuál es el momento relevante para determinar la referida previsibilidad.

Concretamente se postula por algunos autores que basta la previsibilidad del daño en cualquier momento anterior a la consumación del mismo, para entenderlo cobijado dentro del ámbito de responsabilidad del causante. ALBALADEJO y MUSCIUS SCAEVOLA, estiman que también hay lugar a predicar responsabilidad del causante del daño no previsible *ab initio*, cuando este era previsible con anterioridad al incumplimiento, o cuando al menos se previó o se pudo prever en el momento mismo en que tuvo principio la conducta negligente causante del daño.¹⁸²

La limitación de los alcances de la restricción impuesta por el equivalente español del art. 1616 del C.C., predicada por los autores anotados, no parece de recibo, toda vez que el sentido de la norma (destinada a hacer más gravosa la situación de quien actúa con la intención positiva de inferir el daño), no permite entender cobijado por los efectos de la misma a la persona que obró sin haberlos previsto (despojada de dicha intención), aun cuando estos pudieran ser previsibles para un observador más acucioso o incluso menos desprevenido.

¹⁸² YZQUIERDO TOLSADA Mariano. La universidad y las profesiones jurídicas, Deontología, función social y responsabilidad; Responsabilidad Civil Del Abogado. O.C. Pág. 82.

De otra parte el alcance de la responsabilidad contractual, definido por el art. 1616 del C.C., se fija como un desprendimiento del acuerdo de voluntades al momento de formarse el consentimiento, referido de manera ficta a los perjuicios mutuamente previsibles, y la fórmula sugerida por los autores, que comporta la automática inserción de las circunstancias posteriores a la definición del espectro obligacional, resulta contraria a la filosofía del contrato, respecto del cual incluso las normas posteriores dictadas para regular el tipo carecen de vocación de aplicación, tal como prevé el art. 38 de la ley 153 de 1887.¹⁸³

La norma en comento está redactada desde la óptica de apreciar la conducta del deudor, para establecer si es o no dolosa, y no resulta una interpretación afortunada de la misma, enfocar el problema desde la perspectiva del acreedor, para intentar justificar la extensión de la responsabilidad con base en el interés de la víctima en obtener el resarcimiento del daño.

Con respecto a la reparación de perjuicios morales en la responsabilidad contractual, es del caso señalar que la misma, a pesar de la inicial reticencia de la jurisprudencia, es aceptada en nuestro medio, básicamente a partir de que el propio legislador, en el art. 1.006 del Código de Comercio, previó la obligación de indemnizar los

¹⁸³ “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración.....”

perjuicios morales en caso de que los mismos se causaran por el transportador de pasajeros que ha incumplido.¹⁸⁴

El problema subsiste sin embargo, para cualquier tipo de responsabilidad, con relación a las personas jurídicas, toda vez que respecto de las mismas se ha entendido que no es procedente la indemnización o mejor la causación de perjuicios morales, en atención a que los mismos “consisten en un dolor físico o psíquico”.¹⁸⁵

La consecuencia del incumplimiento podría reflejarse entonces en las personas naturales (asociados, socios o administradores) que puedan verse afectados directamente por el incumplimiento del abogado, por tener un marcado interés personal en la causa o gestión frustrada, o por tener responsabilidad interna por la selección o contratación del abogado incumplido.

Serán entonces tales personas naturales quienes estén legitimados para reclamar los daños morales, cuando estos daños tengan el carácter de ciertos.

Es de destacar que en derecho español, el TRIBUNAL SUPREMO, mediante sentencia del 20 de febrero de 2002 (Rj. 2002,3501), reconoció

¹⁸⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo II. LEGIS. Bogotá. Segunda edición. 2007. Pág. 498.

¹⁸⁵ Señala TAMAYO JARAMILLO, que “Puesto que los perjuicios morales subjetivos consisten en un dolor físico o psíquico, no hay lugar entonces a indemnización por este concepto a favor de personas jurídicas.” TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo II. O.C. Pág. 501.

la posibilidad de causar daño moral a las personas jurídicas a consecuencia de la vulneración del “prestigio, dignidad y estima moral de la empresa.”¹⁸⁶

Lo anterior a pesar de que “la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado - Sentencia de 31 de mayo de 1983 (RJ 1983, 2956) y las en la misma citadas- (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1984 (RJ 1984, 1145))”¹⁸⁷ (Subraya fuera de texto)

4.1 La Tipología Del Daño

En lo que hace a los servicios que prestan los abogados que se orientan a ventilar una pretensión, bien en sede judicial o bien en sede administrativa, los incumplimientos contractuales y la consecuente frustración del interés perseguido por el cliente se producen de ordinario como consecuencia de falencias reflejadas en el campo procedimental, sin perjuicio de que el incumplimiento pueda manifestarse en defectos en el planteamiento del asunto desde el punto

¹⁸⁶ VICENTE DOMINGO Elena. El Daño. O.C. PAG 337

¹⁸⁷ VICENTE DOMINGO ELENA. El Daño. O.C. PAG 337

de vista del derecho sustancial, tal como se indicó a desarrollar lo referido a la obligación principal a cargo del abogado.

Son causa o manifestación de los mencionados incumplimientos, la presentación de la demanda con posterioridad a la fecha de ocurrencia de la caducidad o de la prescripción; la falta de contestación oportuna la demanda; la inasistencia a las audiencias; o la omisión o retardo en interponer los recursos pertinentes, por poner algunos ejemplos.

Fuera de los casos de evidente desconocimiento, *prima facie*, de las obligaciones contractuales del abogado, antes mencionados, en los cuales el solo vencimiento del término sin que el respectivo acto procesal se hubiere efectuado, coloca al profesional del derecho en la necesidad de justificar su conducta omisiva, la evaluación de otras situaciones, tales como la escogencia de un determinado planteamiento defensivo, o la selección de una u otra prueba, deben apreciarse con mayor cuidado, toda vez que el criterio utilizado para determinar el cumplimiento de la obligación, esto es, la *lex artis ad hoc*, no debe entenderse como un factor de limitación de la necesaria independencia del abogado, sobre la cual se asienta, junto con la imparcialidad de los jueces, la efectividad de la administración de justicia.

Recalca sobre tal aspecto MARÍA DOLORES CERVILLA GARZÓN, en sus comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo español, proferida el día 8 de abril de 2003. En el citado pronunciamiento se

consideró que un abogado había incumplido con sus obligaciones profesionales, toda vez que dentro de un proceso en el cual se controvertía el valor de una indemnización por expropiación, optó por presentar un avalúo elaborado fuera del proceso, y omitió pedir la práctica de un peritaje dentro del mismo.

Al efecto, en el aludido comentario señaló¹⁸⁸: “Ya que la independencia del abogado es esencial para desempeñar la función social que nuestro texto constitucional le tiene encomendada, dicha independencia debe permanecer intacta ante posibles injerencias de los poderes públicos; en caso contrario, el abogado se vería imposibilitado para ejercer el derecho que todo sujeto tiene a una defensa con total garantía.”

“La *lex artis ad hoc*, como diligencia media exigible al profesional, supone un criterio para medir si la actividad del abogado es diligente, no un límite al desempeño libre e independiente de su labor profesional. En este sentido, podemos afirmar que las exigencia que demandan los criterio de la *lex artis ad hoc* no pueden, en modo alguno, inmiscuirse dentro de la esfera de independencia del profesional. Así, no sería correcto exigir al abogado una forma de desempeñar la labor de asesoramiento o defensa y de la que él ha decidido apartarse en su independencia profesional, bajo el temor de que si no obtiene un resultado satisfactorio, es posible que sea demandado (y, en su caso

¹⁸⁸ CERVILLA GARZÓN María Dolores. Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado, Revista Actualidad Civil. N° 40, semana del 27 de octubre al 2 de noviembre de 2003, Pág. 1082.

condenado), por gozar dicha conducta de negligencia al haberse apartado de los criterios o exigencias de la *lex artis*. Si ello fuese de este modo, tendría lugar una uniformidad en el *facere* de todo letrado, contrario, por su propia naturaleza, con la actividad intelectual que éstos, como todo profesional, desempeñan.”¹⁸⁹

4.1.1 La Privación De La Pretensión

Conviene establecer cuál es el tipo de daño que se produce a consecuencia de los citados incumplimientos. Una primera aproximación, por demás simplista, se produce en el sentido de identificar el daño con la pérdida de la pretensión, lo cual es de ordinario improcedente.

En principio, no existe fundamento plausible para estimar que el monto del daño coincide exactamente con el valor de la pretensión frustrada. Distintas razones apuntan en el sentido de desechar la referida asimilación.

En primer lugar, ha de considerarse que de ordinario la privación de la pretensión no constituye un <daño cierto>, toda vez que usualmente no existe fundamento para entender que la pretensión necesariamente

¹⁸⁹ De los dos argumentos expuestos por el T.S. para entender configurado el incumplimiento, la comentarista entendió que el primero (la necesidad de la prueba pericial por su imparcialidad y consecuente firmeza probatoria) comportaba violación de la independencencia; pero que el segundo (la reiterada jurisprudencia que destacaba la utilidad del dictamen rendido dentro del proceso como instrumento idóneo para controvertir las bases de indemnización en expropiaciones) permitía entender configurado un verdadero incumplimiento por desconocimiento del derecho aplicable por parte del abogado.

habría de resultar finalmente acogida por el funcionario encargado de resolver sobre la misma.¹⁹⁰

Adicionalmente se cuestiona la existencia de un nexo causal, toda vez que en la frustración de la pretensión podrían incidir causas diferentes al incumplimiento del abogado gestor.

La identificación entre el daño y la pérdida de la pretensión sólo es procedente en aquellos casos en los cuales el éxito de la pretensión resultaba indiscutible; o, si se quiere, cuando el porcentaje de prosperabilidad de la misma sea el cien por cien.¹⁹¹

Ocurre ello en los siguientes casos excepcionales:

- Cuando la normatividad ha establecido de manera directa la procedencia indiscutible de la solicitud;

¹⁹⁰ “Cuando, por ejemplo, el letrado formaliza la demanda por recursos fuera del plazo previsto legalmente, en la mayoría de las ocasiones resultaba imposible afirmar, sin lugar a dudas, el éxito de la acción no interpuesta o, lo que es lo mismo, la estimación de la pretensión judicial del cliente. Es cierto que el pleito no incoado podría haberse ganado, pero también lo es que podría haberse perdido. Puede afirmarse lo mismo respecto a determinadas actividades extrajudiciales encomendadas al letrado. En estos casos, acreditado el carácter hipotético del citado perjuicio, sobraría cualquier averiguación posterior por faltar el elemento desencadenante de la responsabilidad civil.” CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág. 359

¹⁹¹ “Para que haya pérdida de la oportunidad, el porcentaje de prosperabilidad de la pretensión ha de ser inferior al cien por cien; si se alcanza el citado porcentaje o, lo que es lo mismo, si existe certeza acerca de la estimación de la pretensión, no se estará ante una pérdida de oportunidades procesales, sino ante una privación de la pretensión.” CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág. 383

- Cuando se trate de acciones <gemelas> o <mellizas> que hubieren triunfado; o
- Cuando se hubieren presentado otras acciones que hubieren resultado triunfantes sobre la base de un mismo marco jurídico relevante.

Como caso que desarrolla la primera hipótesis, la doctrina española cita la formulación de una reclamación para el pago de deudas laborales de empresas que han caído en situación de insolvencia, pago que se realiza por parte de un fondo, denominado Fondo de Garantía Salarial - FOGASA, establecido con el fin de garantizar dichos créditos. Es entendido que tales solicitudes son invariablemente atendidas, con la sola condición de que se presenten en el plazo que establece la ley.

192

Las acciones denominadas <gemelas> y <mellizas> se caracterizan por compartir la misma *causa petendi*, esto es, por estar soportadas en un mismo entorno fáctico¹⁹³, y se distinguen entre sí en que las primeras se

¹⁹² Art. 33 del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, mediante el cual se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O. C. Pág. 362.

Señala YZQUIERDO TOLSADA que la gestión de cobrar un crédito laboral reconocido judicialmente del FOGASA, se asemeja a la labor de cobrar un cheque en un banco, toda vez que sólo requiere acercarse a la ventanilla. YZQUIERDO TOLSADA Mariano. Comentarios de la STS de 28 de enero de 1998. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Núm. 47 (abril – agosto de 1998) Pág. 681.

¹⁹³ “La jurisprudencia colombiana no ha tenido, según lo investigado, oportunidad de referirse expresamente al problema de la *causa petendi* en relación con las diversas instituciones de la responsabilidad civil. Sin embargo, algunos de los fallos han consagrado el principio general defendido por la teoría de la

ventilan en un mismo proceso, y las segundas en procesos separados.¹⁹⁴

La tercera categoría está integrada por aquellos casos que de acuerdo con la terminología de la interpretación pueden catalogarse de <fáciles>, por ser indiscutible la calificación jurídica de los hechos. De ordinario se trata de situaciones análogas que vienen recibiendo el mismo tratamiento con base a una jurisprudencia decantada. La identidad con los casos de comparación no se establece con base en el entorno fáctico, sino en el marco jurídico relevante, puesto que la situación no es <la misma>, sino sólo estrechamente análoga.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido indemnización por el valor mismo de la pretensión frustrada en las sentencias de 11 de

unidad de causas, conforme al cual, el hecho violatorio de un derecho es lo que constituye la *causa petendi*, y no las diversas normas invocadas y transgredidas.” (He subrayado) TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo II. O.C. Págs. 167 y 168. Para la jurisprudencia española, según manifiesta PANTALEON, “La *causa petendi* ...viene configurada por el acontecimiento histórico o relación de hechos que constituyen el soporte fáctico de la demanda (que puede integrar los supuesto de hecho de varias pretensiones en sentido material), y no por la fundamentación jurídica de la misma, que no vincula al Tribunal, ni respecto de la calificación de la relación jurídica litigiosa, ni respecto de las normas a aplicar.” PANTALEON PRIETO A. Fernando. Comentarios al Artículo 1902 del código civil. O.C. Pág. 197

¹⁹⁴ GONZALEZ FERRER / YBARRA LOPEZ – GOMEZ, citados por CRESPO MORA. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Págs. 360 y 361, señalan como caso de acciones gemelas un proceso laboral por un despido improcedente que envuelve a varios trabajadores que reclaman el reconocimiento de la relación laboral, encontrándose en la misma situación. Ante un fallo de primera instancia desfavorable uno de los actores recurre el fallo, y el otro por negligencia de su abogado no interpone el recurso. Posteriormente el superior revoca la decisión de primera instancia y reconoce la pretensión del apelante.

Como evento constitutivo de acciones mellizas citan el caso en el que varias personas afectadas por una misma expropiación, impugnan por vía administrativa el avalúo y uno de ellos no presenta la reclamación en tiempo por culpa de su abogado. Posteriormente las reclamaciones formuladas resultan acogidas.

noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871) y de 25 de junio de 1998 (RJ 1998, 5013)¹⁹⁵

4.1.2 La Pérdida De La Oportunidad

Fuera de los casos de excepción antes mencionados no resulta posible identificar la consecuencia del incumplimiento del abogado con la pérdida de la pretensión, lo cual no significa que en tales casos no se produzca daño alguno. Puede producirse en tales eventos, y es la situación ordinaria, lo que se denomina la <pérdida de la oportunidad> y para el caso que nos ocupa, pérdida de la oportunidad o expectativa procesal.

La aparición del citado concepto es relativamente reciente, toda vez que el mismo no puede ser armonizado con los criterios inicialmente establecidos para caracterizar el daño. Por ejemplo, si se toma en consideración la primera de las teorías formuladas para explicar la naturaleza del daño resarcible, según la cual el mismo “se produce en el patrimonio de una persona, considerado en abstracto, como una suma global de valores y su magnitud será la de la diferencia entre la situación de ese patrimonio antes del hecho lesivo y después del

¹⁹⁵ Citadas por PARRA LUCAN María Ángeles y REGLERO CAMPO Fernando. Tratado de responsabilidad civil. O.C. Pág. 863.

mismo”¹⁹⁶, la pérdida de la oportunidad, no podría tenerse como una situación determinante de perjuicio.

El citado concepto, que tiene múltiples manifestaciones, ha sido acogido con entusiasmo en el ámbito de la responsabilidad médica, y en general corresponde a aquellos eventos en los cuales, por negligencia del personal médico - sanitario, se afecta o disminuye la posibilidad del paciente de continuar viviendo o de recuperar la salud. Si, por ejemplo, por error se retarda el diagnóstico de una enfermedad como el cáncer, y el paciente fallece, en estricto sentido no puede afirmarse que la falta médica constituye la causa de la muerte, toda vez que el deceso se produce a consecuencia de la enfermedad, y la falta médica no es condición *sine qua non* del fallecimiento. No obstante lo anotado, es claro que en todo caso el retardo del diagnóstico privó al paciente de la posibilidad de recibir un tratamiento oportuno que le podría haber permitido conservar la vida.

El primer caso reconocido por la jurisprudencia española aparece en la sentencia del Tribunal Supremo proferida el día 10 de octubre de 1998¹⁹⁷, y en la misma se consideró como susceptible de reparación la pérdida de la oportunidad de un trabajador afectado por un accidente de trabajo, que vio entorpecida la posibilidad de ser sometido a un reimplante de mano a consecuencia de la forma indebida en que se

¹⁹⁶ VICENTE DOMINGO ELENA. El daño. O.C. PAG 312
¹⁹⁷ Rj. 1998, 3719

hizo la conservación de la misma. “Evidentemente el daño no consiste en el fracaso de un reimplante porque no toda operación de estas características tiene éxito, sino que el daño consiste en no haber tenido siquiera la posibilidad de intentarlo.”¹⁹⁸

Según lo tiene sentado la doctrina francesa, la pérdida de la oportunidad reviste dos manifestaciones, ya que puede concretarse en la pérdida de la oportunidad de realizar la ganancia o en la pérdida de la oportunidad de evitar una pérdida.¹⁹⁹

Tomando partido en la discusión que existe en torno a los elementos integrantes del concepto, podría afirmarse que los mismos son:

- La existencia de una oportunidad real y legítima; y
- Que la pérdida sea definitiva.

Con relación al primero de los requisitos mencionados, es menester que el reclamante se encuentre en una situación idónea para obtener el resultado que pretende. Es igualmente dispensable que dicho resultado pueda considerarse como legítimo.

El carácter real de la oportunidad equivale a la seriedad de la misma, asunto que, como acontece con la diferencia entre el daño eventual y el

¹⁹⁸ VICENTE DOMINGO Elena. El daño. O.C. Págs. 319 y 320

¹⁹⁹ CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O. C. Pág. 366.

virtual, es un tema de grado. Exige la doctrina que la oportunidad perdida no sea <demasiado hipotética>²⁰⁰.

Con respecto a la legitimidad de la oportunidad que se frustra, en un proceso decidido por la Audiencia Provincial de Badajoz, se desestimó la invocación del demandante que alegaba la pérdida de la oportunidad de continuar explotando un inmueble arrendado en el cual tenía instalado un establecimiento de comercio, durante el tiempo que hubiere tomado el trámite de la segunda instancia, oportunidad que entendió perdida por cuanto su apoderado omitió interponer el recurso respectivo.

Señaló a tal respecto la sentencia que la lentitud de los tribunales no “puede generar para quien actúa en tal forma aprovechamiento o ventaja”; y que “la formación de recursos no debe en ningún caso venir amparada en la mayor o menor ineficacia de los órganos jurisdiccionales y aún menos computar dicha ineficacia en orden a conseguir una mayor indemnización (a mayor ineficacia mayor indemnización).”²⁰¹

El criterio anotado es un desprendimiento de los límites propios de la textura abierta de nuestro sistema de daños, de conformidad con lo

²⁰⁰ VICENTE DOMINGO Elena. El daño. O.C. PAG 321.

²⁰¹ Sentencia de 3 de septiembre de 1996. (AC 1996, 1469). CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Página 376.

cual “todo daño puede ser indemnizable, salvo que el interés lesionado sea indigno de protección en cuanto ilícito o contrario a la moral social.”²⁰²

La pérdida será definitiva cuando no sea posible tener acceso a la pretensión por otros medios, o lo que es lo mismo, cuando el incumplimiento del abogado produzca efectos insuperables.

Es de destacar que la configuración del primero de los elementos mencionados, es prácticamente indiscutible en tratándose de la responsabilidad del abogado²⁰³. El profesional del derecho, que ha aceptado atender una causa, no puede alegar en forma válida, ni por sí ni a través de apoderado, que la causa que aceptó promover no tenía prosperabilidad alguna.

La aceptación de procesos improcedentes constituye falta contra la ética profesional²⁰⁴, y nadie puede alegar su propia culpa en su favor. Adicionalmente la alegación de la improcedencia de la causa que se ha aceptado llevar, es una conducta cuestionable desde la óptica de la

²⁰² PANTALEON PRIETO A. Fernando. Comentarios al código civil. O.C. Pág. 1902.

²⁰³ Salvo que se presente una ocultación de hechos del cliente al abogado.

²⁰⁴ Ley 1123 de 2007, Art. 33.- Son faltas contra la recta y leal realización de la justicia y los fines del Estado:

.....
2. Promover una causa o actuación manifiestamente contraria a derecho.”

Art. 34. Constituyen faltas de lealtad con el cliente

a) No expresar su franca y completa opinión acerca de asunto consultado o encomendado.”

teoría de los actos propios, por lo que constituye una vía de defensa inaceptable.

Dicha situación se modula recurriendo a un elemento general de toda responsabilidad civil, que consiste en la necesidad de la existencia de un daño cierto.²⁰⁵

La teoría general distingue el daño eventual, que no es susceptible de ser indemnizado, y el daño virtual que si lo es. La diferencia entre tales conceptos es siempre asunto de grado.²⁰⁶

Por razón de lo anotado el incumplimiento del abogado que produce la frustración de la pretensión no es siempre indemnizable, toda vez que se necesita un grado significativo de prosperabilidad en la pretensión. Adela Serra Rodríguez identifica dicho grado con un 50%²⁰⁷. En todo caso se requiere que la viabilidad de la pretensión lleve al juez al

²⁰⁵ “El daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante.” TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo II. O.C. Pág. 339

²⁰⁶ “Sobre la base de la ley de probabilidades, la doctrina excluye el daño meramente eventual o hipotético, puesto que la víctima solo tenía expectativas muy remotas de obtener un beneficio, del que se dice despojado. Como no hay un criterio *a priori* para delimitar el punto en el cual las probabilidades den lugar a considerar que el daño futuro es cierto, se ha dicho que él es indemnizable cuando se tiene como virtual; careciendo de esta última característica, deberá entenderse como meramente hipotético o eventual, no siendo, por tanto, reparable.”

“Virtual quiere decir que en el curso normal de los acontecimientos, el daño muy seguramente se producirá. Es decir sólo eventos extraordinarios e inesperados harán variar la cadena causal. En cambio, en el daño meramente eventual, el perjuicio sigue siendo una posibilidad remota y lo lógico es que no se produzca a pesar de que el mundo fenoménico siga su curso normal....”

“Como puede verse, la diferencia entre el perjuicio virtual y el meramente hipotético sólo es de grado, y todo se reduce al mayor o menor número de probabilidades que tenga de producirse, siendo el juez el encargado de decidir si es lo uno o lo otro.” (He subrayado) TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo II. O.C. Págs. 341 y 342.

convencimiento de que es inminente la concreción de un efectivo detrimento patrimonial o moral para el cliente.

Si bien se ha anotado que “la pérdida de la oportunidad es un autentico daño emergente”²⁰⁸, los perfiles que le son propios, apreciados de manera ligera, pueden inducir confusión para hacer creer que corresponde a la categoría del lucro cesante (naturalmente cuando la pretensión frustrada es de naturaleza patrimonial, o con efectos en el campo económico), tanto por su propia naturaleza, como por el procedimiento seguido para establecer su ocurrencia.

Se destaca a este respecto que la pérdida de la oportunidad, a primera vista, resulta compatible con las “ganancias dejadas de percibir”²⁰⁹, que es el criterio utilizado para definir el lucro cesante; y que de otra parte, al igual que acontece con el concepto que nos ocupa, “la estimación del lucro cesante es una operación intelectual en la que se contienen juicios de valor y que de ordinario exige la reconstrucción hipotética de lo que podría haber ocurrido.”²¹⁰

²⁰⁷ SERRA RODRIGUEZ Adela. La relación de servicios del abogado. O.C. PÁG. 377

²⁰⁸ YZQUIERDO TOLSADA Mariano. La Universidad y las Profesiones Jurídicas. O.C. Pág. 85

²⁰⁹ DIEZ PICAZO Luis. Derecho de Daños. Civitas. 1999. Pág. 322

²¹⁰ DIEZ PICAZO Luis. Derecho de Daños. Civitas. 1999. Pág. 322

YZQUIERDO TOLSADA²¹¹ acertadamente califica la pérdida de la oportunidad de <daño emergente>, pero las razones aducidas para fundamentar el aserto podrían no ser las verdaderas. Señala el autor que, en su sentir, “si en el lucro cesante estamos ante la certeza de una situación jurídicamente idónea por parte del sujeto que le permitía esperar unas ganancias en el futuro (y acaso en el presente), en la <pérdida de probabilidades> se da la ausencia de tal certeza.”²¹²

Ocurre sin embargo que el lucro cesante constituye una modalidad del daño patrimonial por cuanto la expectativa plausible de futura ganancia se ve frustrada. Exige el lucro cesante para ser tal, de una doble certeza: de una parte se exige una relativa certeza de que la víctima estaba habilitada para obtener una ganancia posible si el daño no se hubiera producido; pero también se requiere certeza definitiva de que tal ganancia ya jamás se obtendrá (ganancia dejada de percibir), como prerrequisito para entender configurado el daño. Esta última certeza constituye la diferencia específica del concepto que lo define dentro de los daños patrimoniales, y es por tanto la relevante para establecer la comparación con la figura de la <pérdida de la oportunidad>, y de la misma brota una similitud con el lucro cesante antes que una diferencia.

²¹¹ YZQUIERDO TOLSADA Mariano. La universidad ante las profesiones jurídicas. O.C. Pág. 84

²¹² Parecería que el autor prefiere la calificación de daño emergente, para facilitar la adopción del concepto, en atención a que en su sentir existe una especie de recelo del TRIBUNAL SUPREMO frente al reconocimiento del lucro cesante.

Tanto el lucro cesante como la pérdida de la oportunidad son la frustración de una posibilidad, la cual (en términos de probabilidad) es definitivamente mayor respecto del primero de los conceptos mencionados, sin que la certeza sea definitiva, por lo que la diferencia sería básicamente un asunto de magnitud.

El verdadero inconveniente de tener a la pérdida de la oportunidad como un lucro cesante viene dado por la imposibilidad de predicar en tal contexto la relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño.

La doctrina caracteriza la pérdida de la oportunidad como la coyuntura en la cual “la víctima está en una situación en la que el hecho del agente le impide tener la posibilidad de que el azar le otorgue un beneficio o le evite un daño. Las condiciones están dadas de tal manera que es igualmente lógico y esperable que el beneficio se obtenga o no. La posibilidad existe y ya no es cuestión de del paso del tiempo o de confluencia de otros factores, sino que solo falta que intervenga la causa esperada que desatará la expectativa.”²¹³ (Subraya fuera de texto)

²¹³ TAMAYO JARAMILLO Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo II. O.C. Pág. 359-

Siendo que en este concepto es connatural la existencia de un alea²¹⁴ la frustración del beneficio o ganancia futura no puede atribuirse al incumplimiento contractual o a la falta de la persona cuya responsabilidad se compromete.

El daño entonces se produce de manera inmediata en el momento en el cual el alea desaparece y las elucubraciones sobre el monto de la ganancia futura apuntan solo a la determinación de la base sobre la cual aplicar el porcentaje de probabilidad que tenía la oportunidad de concretarse, para salvaguardar la aplicación del postulado que exige que la reparación sea integral.²¹⁵

El valor de la oportunidad perdida no sería otra cosa que el valor que un analista de riesgos, estaría dispuesto a pagar por colocarse en, o por volver a, la situación de la víctima antes del daño.²¹⁶

²¹⁴ Chabas entiende que el tercer elemento característico de la pérdida de la oportunidad es “Una ausencia de prueba de la relación de causalidad entre la pérdida de la ocasión y la culpa, porque por definición la ocasión era aleatoria. La desaparición de esa oportunidad puede ser debida a causas naturales o favorecidas por terceros, si bien no se sabrá nunca si es la culpa del causante del daño la que ha hecho perderla: sin esa culpa, la ocasión podría haberse perdido también. Por tanto, la culpa del agente no es una condición *sine qua non* de la frustración del resultado esperado.” Citado por DE ANGEL YAGUEZ Ricardo. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño). Madrid, Ed. Civitas S.A., 1995, págs. 83-84.

²¹⁵ "cuando el demandado ha privado, por su culpa, al demandante de una posibilidad de conseguir una ganancia o de evitar una pérdida. La dificultad proviene de que, en este supuesto no resulta posible ya esperar para determinar si el perjuicio existirá o no existirá; la realización del perjuicio no depende ya de acontecimientos futuros e inciertos. La situación es definitiva; nada la modificará ya; por su culpa, el demandado ha detenido el desarrollo de una serie de hechos que podían ser fuente de ganancias o de pérdidas. Eso es lo que expresa la Corte de casación al decir que "esté consumado el hecho del cual dependa el perjuicio eventual ". Mazeaud y Tunc, citado en sentencia del Consejo de Estado N° 10963 de junio 15 de 2000

²¹⁶ La diferencia depende del campo en el cual se aplique la figura. Si se trata del campo de la selección objetiva del contratista en la contratación oficial, la posición del licitante que va avanzando en el proceso referido, mejorando las probabilidades de ser escogido, tiene un valor económico cuantificable. En el

Lo que se calcula entonces no es la pérdida de la ganancia en sí, sino el valor económico de la posibilidad de obtenerla en un momento determinado²¹⁷, al igual que el billete de lotería, antes del sorteo, no representa una alícuota del premio, sino el costo de la oportunidad de colocarse en la posibilidad matemática de obtenerlo, aún cuando dicho costo deba determinarse inexorablemente en función del premio.

Por extraño que parezca entonces la pérdida de la oportunidad es un verdadero daño emergente, cuya estimación, cuando se refiere a pretensiones de naturaleza o con trascendencia económica, debe partir

caso de la responsabilidad médico asistencial no ocurre ello y se trata de hacer el ejercicio hipotético de apreciar el valor de la oportunidad que ya se ha perdido, ya que nadie pagaría nada por estar enfermo

²¹⁷ Christian Larroumet, citado en sentencia del Consejo de Estado N° 10963 de junio 15 de 2000. "Tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual, la jurisprudencia admite la reparación del perjuicio que consiste en la pérdida de una oportunidad. Por tanto si se trata de la responsabilidad contractual, como la pérdida de una oportunidad era previsible, será objeto de una reparación por parte del deudor. No hay que confundir la pérdida de una oportunidad con un perjuicio posible. En efecto, lo que se repara no es el daño que resulta de que un acontecimiento que hubiera podido producirse no se produjo, puesto que, desde luego, no se sabía si dicho acontecimiento se iba a producir y que no se podría tratar de reparar el daño posible, sino el daño que resultara de lo que el deudor hizo para que el acontecimiento ya no se produjera. Lo que da lugar a la reparación, son únicamente las consecuencias que resultan de la privación de una oportunidad para que un acontecimiento pueda producirse. Por ejemplo, se debe declarar la responsabilidad en el caso de un abogado que, al cometer una falta por no haber presentado oportunamente los alegatos ante el tribunal de apelación, hizo perder a su cliente la oportunidad de que la sentencia fuera modificada en la apelación. Es evidente que no podemos estar seguros de que el tribunal de apelación iba a reformar la decisión de primera instancia. El perjuicio no lo constituye la falta de reforma de la sentencia, sino solo la privación de la oportunidad de obtener la reforma. Mientras que la reforma no era sino una posibilidad, la privación de la oportunidad de obtenerla si era una certidumbre. Por consiguiente, únicamente la pérdida de la oportunidad de ver que un acontecimiento se produzca, debe dar lugar a la reparación y no el hecho de que el acontecimiento no se produjo. De allí se deduce que los daños y perjuicios no pueden corresponder al perjuicio que resulta porque el acontecimiento no se produjo. Solo corresponderán a una suma menor, la cual evidentemente no es fácil de evaluar y da lugar, como en cuanto al perjuicio moral, a aplicar un criterio arbitrario". Mazeaud y Tunc, citado en sentencia del Consejo de Estado N° 10963 de junio 15 de 2000

de la realización de cálculos análogos a los usualmente empleados para la valoración del lucro cesante.

Si se toma entonces la pérdida de la oportunidad como un daño emergente, que se consume en el momento en el cual la contingencia de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio desaparece o se frustra, se desprende como consecuencia natural de ello que el momento relevante para medir el valor económico de la oportunidad perdida, en términos de probabilidad de conseguirlo, es el momento mismo en el cual se produce la frustración, toda vez que a partir de allí la oportunidad ya no existe.

En estricto sentido el razonamiento del juicio dentro del juicio, como instrumento de valoración de la oportunidad perdida, debería referirse al estado del Derecho en el momento mismo en que se consume el daño, esto es, cuando se produce el error de conducta que hace desaparecer el alea, considerando la normatividad entonces vigente y sobre todo el estado de la jurisprudencia imperante.

Las alteraciones del estado del arte producidas con posterioridad, bien sea que agraven la situación del ofensor o bien sea que la hagan más favorable, comportan violaciones del principio de la reparación integral.

El momento de decisión real del proceso promovido contra el abogado y el de la decisión ideal sobre la pretensión o el recurso cuya estimación se vio comprometida por la incuria del letrado, no son los mismos, lo cual añade un ingrediente de dificultad a la ya de suyo compleja labor de predecir o establecer *a posteriori* el hipotético resultado de un juicio, incidido por múltiples factores dentro de un contexto complejo.

Otra diferencia fundamental entre el daño emergente y la pérdida de la oportunidad consiste en que el primero es en todo los casos de naturaleza patrimonial, mientras que el segundo concepto puede configurarse fuera de dicho campo.

Las referidas dificultades y la mayor amplitud de la modalidad de daño que nos ocupa, explican la tendencia de asimilar la pérdida de la oportunidad en todos los casos con el daño moral, terreno dentro del cual le es dado al fallador aplicar con mayor libertad su buen criterio.

La pérdida de la oportunidad ha sido acogida en nuestro país, en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que ha dado reconocimiento a la figura como forma autónoma de daño sobre todo en dos campos, a saber: inicialmente el propio de la prestación de servicios de salud, para pasar de allí al relativo a los procesos de selección objetiva de los contratistas del estado.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo ha reconocido la aplicabilidad de la figura de la pérdida de la oportunidad como forma autónoma de daño resarcible, en el campo médico asistencial, respecto del cual es pertinente traer a colación la sentencia de catorce (14) de junio de dos mil uno (2001), dictada dentro del proceso con Radicación número: 13006, en el cual es actor Jorge Eduardo Polanco Rodríguez y sus hijos y son demandados en acción de reparación directa, la Nación (Ministerio de Comunicaciones) y Caprecom (Caja de Previsión Social de Comunicaciones).

La demanda está orientada a provocar que se decrete la responsabilidad de la administración por los perjuicios inferidos a los demandantes en razón del fallecimiento de su esposa y madre, Blanca Libia Bolaños, a consecuencia de la falta de atención médica por parte de la Clínica Hospital Tolima, entidad que se negó a atender a la paciente aduciendo que Caprecom no se encontraba al día en el pago de los valores que adeudaba a la clínica por razón de los servicios prestados a la población cubierta (los afiliados a Caprecom y sus familias), entre los cuales se cuenta la fallecida.

Resulta pertinente anotar que la paciente fallecida padecía ya problemas coronarios. La misma fue conducida a la clínica hospital Tolima donde la sociedad contratista de los servicios de urgencia, diferente de la propietaria de la clínica, le prestó los cuidados

inmediatos orientados a estabilizarla, ya que presentaba una angina de pecho que hacía presumir que estaba sufriendo un infarto.

Efectuada la estabilización, la paciente fue remitida a la clínica más próxima, ya que, como afirmó la médica tratante al contestar el llamamiento en garantía, la dirección administrativa de la clínica Tolima había dado la orden de no recibir pacientes afiliados a Caprecom.

La paciente falleció en el trayecto a la otra clínica donde fue recibida sin signos vitales.

El tribunal que conoció del proceso en primera instancia, luego de desconocer la relación de matrimonio de la paciente fallecida con el demandante, en atención a aspectos probatorios, condenó a Caprecom a indemnizar los perjuicios causados a los hijos de dicha paciente. Se consideró constitutivo de falla del servicio por parte de Caprecom el no encontrarse al día en el pago de los valores adeudados a las instituciones integradas a su red de servicios, prestadoras directas del servicio de salud.

El Consejo de Estado también entendió configurada la responsabilidad de Caprecom, no obstante lo cual redujo el monto de la condena.

Luego de calificar de mandato el contrato celebrado ente Caprecom y la sociedad propietaria de la clínica, consideró el Consejo de Estado que “claramente, en este caso está probada la omisión de HOSPITALIZACIÓN, hecho constitutivo de falla administrativa para CAPRECOM porque esta entidad estaba obligada por el decreto 1.240 de 1989 (art. 4º literales c y e), a prestar ese tipo de servicios, entre otros, a sus beneficiarios; las conductas “de su mandatario para servicios médicos” lo obligan frente a terceros, porque éste actuó bajo su cargo y riesgo; así lo indican los hechos y las normas del Código Civil, antes transcritas.

Estimó el Consejo de Estado que “La Sala conoce que la paciente llegó al primer centro de atención con “una afección cardíaca”; así se confesó en la demanda en el hecho cuatro; sin embargo tal situación fue asumida de urgencia por el prestador del servicio a nombre de CAPRECOM y aunque en el diagnóstico se anotó que la paciente estaba en mal estado general, el tratamiento seguido en urgencias logró estabilizarla, **situación que luego se perdió cuando se le negó la oportunidad de hospitalizarla para estudiar el tratamiento que debía brindársele, y con dicha oportunidad otra, cual fue la de intentar recuperar su salud.**”

“La Sala desconoce el grado de dolencia cardíaca de la paciente y por lo mismo ignora, por la falta de conocimiento científico médico, si en el evento de que se le hubiese hospitalizado aquella hubiese sobrevivido;

pero lo que sí conoce es que está probado que la omisión administrativa, en hospitalizar la paciente, le **frustró la oportunidad de intentar recuperarse.**" (Resaltado fuera de texto)

Con respecto al fundamento jurídico de la pérdida de la oportunidad en la sentencia se anotó:

"En varias oportunidades la Sala se ha referido al concepto de *pérdida de oportunidad*. Desde la sentencia proferida el día 26 de abril de 1999²¹⁸ la Sala ha reflexionado sobre el efecto de una falla médica, presunta o probada, para efecto de impedir la recuperación; dijo:

"Si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como una 'pérdida de una oportunidad'. Al respecto dice Ricardo de Angel Yaguez:

"Es particularmente interesante el caso sobre el que tanto ha trabajado la doctrina francesa, esto es, el denominado la *perte d'une chance*, que se podría traducir como 'pérdida de una oportunidad'".

²¹⁸ 2 Expediente 10.755, Actor Elizabeth Bandera Pinzón. Reiterada en sentencia del 15 de junio de 2000, radicación 12.548, actor María Isabel Montoya de Carmona y otros.

“CHABAS ha hecho una reciente recapitulación del estado de la cuestión en este punto, poniendo, junto a ejemplos extraídos de la responsabilidad médica (donde esta figura encuentra su más frecuente manifestación), otros como los siguientes: un abogado, por negligencia no comparece en un recurso y pierde para su cliente las oportunidades que éste tenía de ganar el juicio; un automovilista, al causar lesiones por su culpa a una joven, le hace perder la ocasión que ésta tenía de participar en unas pruebas para la selección de azafatas.”

“Este autor señala que en estos casos los rasgos comunes del problema son los siguientes: 1. Una culpa del agente. 2. Una ocasión perdida (ganar el juicio, obtención del puesto de azafata), que podía ser el perjuicio. 3. Una ausencia de prueba de la relación de causalidad entre la pérdida de la ocasión y la culpa, porque por definición la ocasión era aleatoria. La desaparición de esa oportunidad puede ser debida a causas naturales o favorecidas por terceros, si bien no se sabrá nunca si es la culpa del causante del daño la que ha hecho perderla: sin esa culpa, la ocasión podría haberse perdido también. Por tanto, la culpa del agente no es una condición *sine qua non* de la frustración del resultado esperado.”

“En el terreno de la Medicina el autor cita el caso de una sentencia francesa. Una mujer sufría hemorragia de matriz. El médico consultado no diagnostica un cáncer, a pesar de datos clínicos bastante claros. Cuando la paciente, por fin, consulta a un especialista, es demasiado

tarde; el cáncer de útero ha llegado a su estado final y la enferma muere. No se puede decir que el primer médico haya matado a la enferma. Podría, incluso tratada a tiempo, haber muerto igualmente. Si se considera que el perjuicio es la muerte, no se puede decir que la culpa del médico haya sido una condición *sine qua non* de la muerte. Pero si se observa que la paciente ha perdido ocasiones de sobrevivir, la culpa médica ha hecho perder esas ocasiones. El mismo razonamiento se puede aplicar a un individuo herido, al que una buena terapia habría impedido quedar inválido. El médico no aplica o aplica mal aquella terapéutica, por lo que la invalidez no puede evitarse. El médico no ha hecho que el paciente se invalide, sólo le ha hecho perder ocasiones de no serlo". (RICARDO DE ANGEL YAGUEZ. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño). Madrid, Ed. Civitas S.A., 1995, págs. 83-84).

En conclusión la falla del servicio de la entidad demandada que consistió en la falta de diligencia para realizar un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida por el paciente e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, implicó para éste la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir "(2).

Por consiguiente, partiendo de esa pérdida de oportunidad y de la prueba del registro civil de nacimiento de los hijos (demandantes) de Blanca Libia Bolaños la Sala infiere judicialmente que ellos padecieron dolor moral."

También en el mismo campo medico asistencial la aplicación del concepto fue reconocida en la sentencia de siete (7) de septiembre de dos mil cuatro (2004), proferida dentro de la apelación de la sentencia de primera instancia dictada por el tribunal administrativo de Cundinamarca, en el proceso ²¹⁹en el cual son demandantes la señora Aurora Pinzón de Rojas y sus hijas menores Nidia Constanza y Carolina Rojas Pinzón, y demandados el Departamento de Cundinamarca y la Beneficencia de Cundinamarca.

En el citado caso las demandantes solicitaron se decrete la responsabilidad de la administración por una presunta falla del servicio, consistente en que la beneficencia de Cundinamarca no tenía dotado el centro asistencial para pacientes siquiátricos, donde laboraba como enfermero su esposo y padre, con la infraestructura que hubiera permitido brindar pronta atención al fallecido luego de sufrir un alegado accidente en desarrollo de sus labores.

Se determinó en curso del proceso que el fallecido padecía de una miocarditis viral, dolencia capaz de producir la muerte repentina de quien la sufre, por lo que desestimó las pretensiones de la demanda en atención a que no podía predicarse la existencia de nexo causal entre la actuación de las demandadas y el daño alegado.

²¹⁹ Radicación número 14.675

En las motivaciones del fallo el Consejo de Estado al estudiar la posible configuración de la pérdida de la oportunidad reprodujo el análisis jurídico antes transcrito, con algunas breves referencias a la situación sub examine, y al efecto señaló:

“IV. La parte demandante plantea, además, que el Estado es responsable del daño, aunque no lo hubiera causado directamente, por no disponer de un médico permanente en el hospital psiquiátrico que hubiera podido brindarle una atención adecuada a la víctima para salvarle la vida. Es decir, se plantea en la responsabilidad por pérdida de oportunidad médica.”

“La Sala ha considerado que para que haya lugar a la reparación por deficiente prestación del servicio médico no es necesario acreditar que su adecuada prestación hubiera impedido el daño, pues basta con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse. (Sentencia del 8 de noviembre de 2001, Exp. 13.617.)”

.....

“En consecuencia, para decidir si hubo pérdida de la oportunidad de sobrevivencia del señor Juan Rojas, deben absolverse positivamente los siguientes interrogantes: ¿el paciente estaba realmente ante una condición de simple supervivencia?; ¿era real la oportunidad de la sobrevivencia?; ¿se acreditó la relación causal entre la presunta falla del servicio y la pérdida de dicha oportunidad?”

“Si la causa de la muerte del señor Juan Rojas fue una miocarditis viral, de la cual no se estableció si fue súbita, o la víctima la venía padeciendo de tiempo atrás pero no había experimentado los síntomas propios de la misma, no puede afirmarse que al momento de producirse la presunta falla del servicio, el paciente hubiera perdido la posibilidad de sobrevivir por no detener la enfermedad con una prestación oportuna de la asistencia médica.”

“En otros términos, como la entidad desconocía que el fallecido estuviera viviendo un proceso degenerativo por el desarrollo de una enfermedad que hubiera podido remediarse con la prestación oportuna del servicio médico que, además, estaba obligada a brindarle, no puede considerarse que ésta le negó a aquél la oportunidad de sobrevivir; oportunidad que tampoco se demostró que fuera cierta, en las circunstancias que se plantean en la demanda, y mucho menos que existiera vínculo causal entre la pérdida de la misma y la omisión imputable a la entidad. Por lo tanto, por este aspecto tampoco hay lugar a declarar la prosperidad de las pretensiones de la demanda.”

El Consejo de Estado consideró determinante de la configuración de una institución jurídica en comento, la existencia de una oportunidad real y además la posibilidad de atar mediante nexo causal la conducta del inculpado y la pérdida de la referida oportunidad.

Por lo que corresponde a los procesos de selección objetiva de contratistas del estado, es de destacar el fallo ²²⁰proferido el día quince (15) de junio de dos mil (2000) por el Consejo de Estado, dentro del proceso promovido por Ingetec S.A. e Ingestudios S.A. contra Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, en el cual se solicitó declarar la nulidad de la Resolución No.033 de enero 25 de 1993 expedida por el Alcalde mayor del Distrito, por medio de la cual se declaró desierto el concurso de méritos para el estudio de Diseño del Aprovechamiento del río Guachaca como fuente de Abastecimiento del Sistema de Acueducto de Santa Marta y las anexas Taganga, Mamatoco, Gaira, Rodadero y Rodadero Sur, y la de aquella resolución que la confirmó dentro de la vía gubernativa; así como condenar a la entidad territorial demandada a indemnizar a la parte actora los perjuicios derivados de su actuar antijurídico, consistente en haber interrumpido un concurso de méritos en el cual las sociedades demandantes, tenían la primera opción para discutir los términos del mencionado contrato de consultoría, luego de haber obtenido el mayor puntaje en la evaluación de las ofertas y de haber igualmente ganado dicha opción preferente en el sorteo efectuado entre los proponentes que fueron considerados en igualdad de condiciones técnicas habida cuenta de que sus puntajes no diferían en más de un 5%.

El Tribunal Administrativo Del Magdalena accedió a decretar la nulidad de las resoluciones impugnadas, pero se negó a disponer una

²²⁰ Rad. 10963 de 2000

indemnización a favor de los demandantes, aduciendo que el alegado daño sería solo eventual, o “meramente hipotético”, toda vez que no era posible afirmar que la vocación preferente a discutir el contrato con la administración habría de concluir en la celebración efectiva de un negocio jurídico, determinante, ese sí, del derecho a percibir una determinada utilidad.

El resumen de la decisión del a quo, contenido en el fallo del Consejo de Estado, fue el siguiente:

“En cuanto al restablecimiento del derecho solicitado por las sociedades demandantes, las cuales aspiraban a que se declarara como la mejor propuesta la presentada por ellas y a que el Distrito pagara los costos y gastos en que incurrieron para participar en el concurso y el valor de la utilidad que hubieren percibido de haberseles adjudicado el contrato, el Tribunal consideró que si bien era cierto esa propuesta fue la que obtuvo el mayor puntaje en el orden de elegibilidad que elaboró el Comité Técnico, también lo era que conjuntamente con ésta fueron ubicadas en el mismo lugar las dos propuestas que le seguían con un puntaje menor a un 5% con respecto al mayor obtenido. Por lo tanto, eran tres los proponentes que con ese criterio tenían igual probabilidad en términos de calidad y eficiencia para cumplir con el trabajo y por lo mismo, igual probabilidad para ser contratadas. "Sólo al final de esa negociación, que debía adelantarse con todas y cada una de las tres

propuestas declaradas elegibles en primer lugar, podría haberse determinado cuál de ellas era la mejor, si se lograba acuerdo".

“Para el Tribunal es claro que como no se llegó a la etapa de negociación económica, no hay forma ni elementos de juicio para declarar cuál fue la mejor propuesta, toda vez que la mejor propuesta no era necesariamente la que hubiera obtenido el mayor puntaje en el aspecto técnico, menos aún cuando existió un empate técnico, habida cuenta de que los tres proponentes ubicados en primer lugar, atendida su voluntad o capacidad de reducir el valor del contrato, podían reclamar haber presentado la mejor propuesta. De suerte que no existía fundamento alguno para inferir que el contrato para el estudio de diseño del aprovechamiento del río Guachaca, necesariamente debía ser adjudicado a las sociedades demandantes, razón por la cual **no se accedió a su pretensión indemnizatoria de un perjuicio que aparecía como meramente hipotético.**” (Resaltado fuera de texto)

El Consejo de Estado, al desatar la apelación del fallo de primera instancia, acogió la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, que no fue recurrida por el Distrito de Santa Marta, y al despachar la pretensión de condena, revocó la absolución dispuesta en primera instancia, dando cabida a la figura de la <pérdida de la oportunidad>.

El análisis fáctico del Consejo de Estado fue el siguiente:

“Como quiera que no es objeto de esta instancia el examen de las razones que llevaron al tribunal a declarar la nulidad del acto administrativo impugnado, ya que la entidad demandada no apeló la sentencia, lo cual permite que se mantenga la declaración anulatoria de las resoluciones impugnadas, la Sala se concretará al examen del restablecimiento del derecho del demandante denegado por el a - quo y fundamento de la apelación.”

“Quedó demostrado que el consorcio integrado por las firmas INGETEC -INGESTUDIOS presentó propuesta técnica y económica para participar en el concurso de méritos que abrió la alcaldía mayor de Santa Marta, para el aprovechamiento del río Guachaca como fuente de abastecimiento de agua potable para ese distrito.”

“No tiene discusión que dicha propuesta hacía parte de las tres propuestas que fueron calificadas en el primer lugar por presentarse entre ellas "empate técnico", ya que el puntaje obtenido por la propuesta de los demandantes no superaba en más de un 5% el puntaje de la segunda y tercera.”

“Si de acuerdo con la disposiciones legales que rigieron el concurso de méritos el orden de elegibilidad de los proponentes dependía de las condiciones técnicas y era este orden el indicador para la negociación de la propuesta económica, es claro que la propuesta mejor calificada en los aspectos técnicos era la que tenía la primera opción para

negociar con la administración la propuesta económica. Sólo ante el desacuerdo con respecto a la determinación del valor del contrato, se debía llamar al proponente calificado en el segundo lugar y así sucesivamente.”

“Por disposición legal debían considerarse equivalentes las propuestas cuyo puntaje no fuera superior a un 5% del mayor puntaje obtenido en la calificación técnica, lo cual colocaba las propuestas que quedaran en esta circunstancia en igualdad de condiciones. Ello implicaba que ninguno de los proponentes en dicha situación pudiera considerarse en mejores condiciones que los otros. De esta forma, correspondía a la entidad contratante resolver el desempate, ya fuera en la forma prevista en las bases de contratación como sucedió en el presente caso: "sorteo con el método de números aleatorios", o si nada se había advertido en el pliego de condiciones, atendiendo la previsión legal: "ponderando además su capacidad técnica, experiencia y organización para el servicio profesional de que se trate y teniendo en cuenta la equitativa distribución de los negocios" (art. 39 del decreto ley 222 de 1983).”

“Una vez la administración realizó el procedimiento de desempate y elaboró de acuerdo con la forma escogida un nuevo orden de elegibilidad, no le estaba permitido apartarse de ese orden, pues **el proponente ubicado en primer lugar para la apertura de la propuesta económica tenía el derecho a ser el primer negociador y a la**

celebración del contrato en caso de que su propuesta económica fuere aceptada o negociada por mutuo acuerdo. Sólo en caso de un desacuerdo total podía la administración proceder a negociar con el segundo proponente, tal como se desprende del inciso 2 del art. 31 del decreto 1522 de 1983, recogido por el art. 250 del Estatuto Básico Fiscal de Santa Marta:"

"En caso de no llegarse a un acuerdo, se continuará la negociación siguiendo el orden de elegibilidad establecido en el concurso.

En todo caso de desacuerdo en cuanto al valor del contrato, se dejará constancia de ello mediante acta que suscribirán las partes intervinientes."

"En estas condiciones, la afirmación del a - quo compartida por el Ministerio Público de que "sólo al final de esa negociación, que debía adelantarse con todas y cada una de las tres propuestas declaradas elegibles en primer lugar, podría haberse determinado cuál de ellas era la mejor" , no se ajusta a las anteriores previsiones legales, pues es claro que no con todos los proponentes ubicados en el primer lugar había necesidad de adelantar la negociación económica, toda vez que ya la mejor propuesta en los aspectos técnicos estaba definida y **era esto lo que le daba la opción de ser el primero con quien se negociara y posiblemente con el único, de llegarse a un acuerdo en el valor del contrato.**"

“Haberle frustrado a los demandantes la posibilidad de entrar a la etapa de la negociación económica, hace nugatorio el derecho preferencial que tuvieron a que fuera con quienes primero se intentara dicha negociación ante la deserción del concurso; esto es lo que hace atendible la pretensión de restablecimiento luego de que el acto administrativo que declaró desierto el concurso fuera anulado, ya que si bien es cierto desde el punto de vista técnico la propuesta de los demandantes ocupó el primer lugar con otras dos, también lo es, que para la negociación económica ocupó el primer lugar en el sorteo que realizó la misma entidad demandada, lo cual les daba derecho a adelantar esa negociación y a la celebración del contrato en caso de que se hubiera llegado a un acuerdo sobre el valor del mismo.” (Resaltado fuera de texto)

Ya en el capítulo destinado a la cuantificación del perjuicio, recalcó el Consejo de Estado que **“Al haberse privado a los demandantes de que su propuesta económica fuese considerada, dada la condición de favorabilidad que revestía debido a la calificación técnica obtenida, se privó a los demandantes de una oportunidad que igualmente es objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico y se comprometió en consecuencia, la responsabilidad de la administración.”** (Resaltado fuera de texto)

Para rematar el capítulo de la cuantificación del monto indemnizatorio el Consejo de Estado señaló: “Teniendo en cuenta que queda al arbitrio

del juez determinar la indemnización por "la pérdida de la oportunidad" y que en todo caso es un valor inferior a lo que hubiera tenido derecho el demandante de habersele adjudicado el contrato, la Sala estima el monto de ese perjuicio en atención a las diversas circunstancias de la propuesta, en un 20% de la utilidad (beneficio económico que recibe el consultor por ejecutar el contrato), que será la suma que a continuación se determina."

Igualmente la Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de convalidar condenas en casos compatibles con la figura de la pérdida de la oportunidad, al reconocer dentro de la indemnización la oportunidad de lograr futuros ascensos en el trabajo²²¹; y lo ha hecho también con referencia directa a la responsabilidad de los abogados, como en el caso fallado mediante sentencia de casación de Marzo 17 de 1945, con la cual se confirmó la sentencia condenatoria proferida en contra de un abogado que aduciendo haber renunciado al poder, dejó de intervenir en un proceso, a raíz de lo cual se dispuso dentro del mismo el levantamiento de las medidas cautelares, con la consecuente imposibilidad de recaudar lo pretendido por el cliente.²²²

Es claro entonces que la jurisprudencia nacional reconoce la figura de la pérdida de la oportunidad, en torno a la cual se han dictado ya varios pronunciamientos de condena.

²²¹ TAMAYO JARAMILLO Javier, Tratado de responsabilidad civil. Tomo II. O.C. Págs. 367 y 368.

²²² Gaceta Judicial Tomo LVIII, Pág. 673., citada por TAMAYO JARAMILLO Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo II. O.C. Pág. 371

No está por demás resaltar que en los citados pronunciamientos, al presentar los fundamentos teóricos de la institución, se incorporan citas doctrinales en las cuales se contienen referencias a la conducta profesional de los abogados, como ejemplos típicos de aplicación de la modalidad de daño que ocupa nuestra atención, por lo que parece claro que, al interior de nuestro ordenamiento, no habría inconveniente en predicar la responsabilidad del abogado cuando el daño se concreta en la pérdida de una oportunidad.

Es de destacar que el concepto de la pérdida de la oportunidad, cuando se trata de responsabilidad del abogado, tiene acogida fundamentalmente en el terreno que corresponde al incumplimiento de obligaciones relacionadas con la promoción y atención de un proceso, o si se quiera incluso con la gestión de una pretensión, lo cual puede hacerse ante las autoridades administrativas.

Si bien el concepto ha intentado aplicarse respecto de deberes extrajudiciales, como el relativo a la obligación de informar, puede entenderse que ello comporta una desnaturalización de la figura.²²³

No es exacto que los perjuicios derivados de una decisión inadecuada inducida por un consejo o información erróneos tenga el carácter de

²²³ “El rechazo de la aplicación de los postulados de la pérdida de la oportunidad en el ámbito del deber de información sirve para demostrar que fuera de las actuaciones u omisiones del letrado en el marco del proceso resultará muy difícil encontrar un daño que cumpla los requisitos que la doctrina exige a la pérdida de la oportunidad. Admitir la existencia de la pérdida de la oportunidad en otros supuestos, supondría extender demasiado un término que la doctrina contempla de forma restrictiva.” CRESPO MORA María Carmen. O.C. Pág. 400.

<pérdida de la oportunidad>, toda vez que en la oportunidad debe militar un componente aleatorio, que no se presenta cuando lo acontecido es que el cliente, por ejemplo, dejó de celebrar un contrato, o decidió promover un proceso, atendiendo el consejo de su consultor legal.

La celebración del contrato o la no promoción del proceso, no son asuntos contingentes o aleatorios, cuya concreción, si bien posible, escape al ámbito decisorio de la víctima. Ambos eventos son o pueden ser el producto directo y exclusivo de la voluntad del cliente, y como tal no corresponden a una mera oportunidad.²²⁴

El hecho de que no constituya una modalidad de pérdida de la oportunidad no indica que un eventual incumplimiento en el deber de asesoría o consejo resulte privado de consecuencias.

La indemnización deberá hacerse por el valor total de la pérdida o del perjuicio, cuando exista un verdadero incumplimiento; el daño sea cierto; y pueda establecerse el nexo causal, esto es, cuando las circunstancias permitan establecer con un alto grado de confiabilidad, que de haberse dado el consejo en sentido distinto, el cliente de todas formas lo habría seguido, y que así el consejo fue determinante de la actuación generadora del daño.

²²⁴ Plantea CRESPO MORA, citando la doctrina y la jurisprudencia francesas que oportunidad y voluntad “son términos antagónicos”, que se excluyen recíprocamente. CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág. 399

4.1.3 La Privación Del Derecho A Que La Pretensión / Excepción Sea Examinada

Tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas²²⁵ reconocen la existencia de otro tipo de daño, “cercano aunque distinto”²²⁶ de la pérdida de la oportunidad y que se concreta en el hecho de que la incuria del abogado impide que bien la pretensión misma o bien el recurso, sean examinados por el aparato jurisdiccional, a lo cual el particular tiene derecho, independientemente de la prosperabilidad de la pretensión o del recurso.

El daño consiste en la vulneración del derecho de acceder a la justicia, reconocido por el art. 229 de la carta política²²⁷, y por el art. 2º de la ley 270 de 1996; así como por el artículo 25 de la Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica.)

Se destaca que el derecho vulnerado no es el derecho sustancial al cual la pretensión se refiere, o la razonable expectativa de su reconocimiento, que son los bienes o intereses afectados por la frustración de la pretensión y por la pérdida de la oportunidad

²²⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de julio de 2003 (RJ 2003, 4613) reconoce indemnización al cliente a cargo del abogado que dejó de presentar un recurso cuyas posibilidades de ser acogido fueron calificadas de “nulas”.

²²⁶ CRESPO MORA María Carmen Oc. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. Pág. 401

²²⁷ “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.”

procesal, respectivamente, sino el derecho de solicitar y obtener un pronunciamiento de la justicia, el cual finalmente puede ser estimatorio o desestimatorio de la pretensión o del recurso.

El incumplimiento determinante del daño puede ser la falta de presentación de la demanda o del recurso, o su interposición extemporánea, considerando las normas sobre prescripción, caducidad, preclusión, o, en general, las que establecen el término de ejecutoria de las providencias.

Naturalmente el daño no podrá entenderse configurado cuando el abogado recibe el encargo de promover la demanda o de interponer los recursos, con posterioridad al vencimiento del término hábil para ello. Habida cuenta de que la propia ley, en el estatuto disciplinario del abogado prohíbe la promoción de causas o la interposición de recursos manifiestamente improcedentes²²⁸, esta forma específica de daño, derivado de la falta de presentación de la demanda o de interposición del recurso, se configura cuando la hipotética realización del acto procesal omitido, no hubiere resultado constitutiva de falta disciplinaria.²²⁹

²²⁸ Ley 1123 de 2007, Art. 33.- Son faltas contra la recta y leal realización de la justicia y los fines del Estado:

.....
2. Promover una causa o actuación manifiestamente contraria a derecho.”

²²⁹ “Lo explicado hasta aquí tiene relación con el hecho producido como consecuencia de orden legítima de un superior. Los argumentos son más o menos los mismos en lo relativo a los daños causados por el agente que actuó en cumplimiento de un deber legal. En efecto, el numeral tercero del artículo 31 del código penal vigente consagra esta causal de ausencia de responsabilidad. Los expositores son unánimes en considerar que

Se destaca a este respecto que con posterioridad a la aceptación del encargo de promover y atender el proceso el abogado puede descubrir hechos anteriormente desconocidos que le indiquen la absoluta improsperabilidad de la causa o del recurso, ante lo cual está legalmente obligado a abstenerse de formular la solicitud carente de todo fundamento. Aplica en esta situación el denominado <cumplimiento de un deber >²³⁰, como causal justificativa del hecho.²³¹ De conformidad con lo anotado, en nuestro sistema de derecho la determinación de la configuración de la forma de daño que nos ocupa, no está exenta de efectuar una cierta, aunque muy somera, valoración previa, para los efectos de predicar la responsabilidad del abogado.²³²

El concepto que nos ocupa, parece haber sido acuñado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, como una etapa en la evolución que ha conducido al incremento de las acciones orientadas a

el hecho se justifica no sólo desde el punto de vista penal, sino desde el punto de vista civil.” TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo II. O.C. Pág. 159

²³⁰ “No se responde del daño causado en legítima defensa. Tampoco del causado en cumplimiento de un deber (p. ej. Bomberos que tratan de apagar el fuego). O en ejercicio de un derecho, si la causación de un daño es connatural al mismo (p. ej. Derecho de huelga), a no ser que una específica norma legal imponga la responsabilidad.” PANTALEON Fernando. Comentarios al código civil. O.C. Pág. 1995.

²³¹ Naturalmente que dicho hecho debe ser puesto en conocimiento del cliente con la antelación suficiente para solicitar una segunda opinión. En este sentido se pronuncia CERVILLA GARZÓN María Dolores. Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado. O.C. Pág. 1082, cuando anota. “Aún en algunos de estos casos (interposición del recursos contra decisiones judiciales), es posible que no exista negligencia del letrado al no interponer el recurso dentro del plazo, simplemente porque ha decidido que no es pertinente recurrir tras sopesar posibilidades de éxito y el coste moral y económico del recurso. Sin embargo, y aún en estos casos, es preciso la acreditación del consentimiento del cliente en no llevar a cabo estas actuaciones procesales; ya que, de no hacerlo, se presumiría la negligencia del letrado al lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva de la que todo ciudadano goza.”

²³² SERRA RODRIGUEZ Adela. La responsabilidad civil del abogado. O.C. Pág. 244, plantea que a diferencia de lo que acontece con la pérdida de la oportunidad la forma de daño que nos ocupa adquiere certeza, sin necesidad de indagación previa.

provocar el reconocimiento de responsabilidad por parte de los abogados.

En un estadio inicial la causas del tipo mencionado se despachaban de forma adversa al actor sobre la base de entender o bien que la obligación era de medio y no garantizaba ningún resultado²³³, o que en cualquier caso el resultado del proceso frustrado era imposible de determinar, lo cual desembocaba en considerar el daño alegado como incierto²³⁴.

El reconocimiento de <la privación de que la pretensión sea considerada> como una categoría de daño autónomo aceptada, corresponde a una etapa intermedia en la cual el tribunal consiente en condenar, pero no abandona aún su idea de que el resultado del proceso frustrado es imposible de determinar.²³⁵

²³³ “Tradicionalmente nuestro alto tribunal, y desde la óptica de la obligación de medios, típica obligación que, en la mayoría de los supuestos, constituye el objeto del contrato que le une con su cliente, había rechazado pretensiones indemnizatorias frente a posibles negligencias profesionales de este colectivo, algunas con más acierto que otras, pero efectivamente, todas apoyadas sobre la base argumental que les depara esta categoría de obligaciones de hacer.” MARIA DOLORES CERVILLA GARZÓN. Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado. O.C. Pág. 1076

²³⁴ “Muchas sentencias de instancia han desestimado la demanda a pesar de declarar la existencia de un incumplimiento por el abogado, por considerar que no existía un daño patrimonial demostrado.”REGLERO CAMPOS Fernando y PARRA LUCAN MARIA ANGELES. Tratado de responsabilidad civil. La responsabilidad civil de los profesionales del derecho. O.C. Pág. 858

²³⁵Sentencia del Tribunal Supremo de noviembre 11 de 1997, (RJ 1997/7812). En la misma se anotó: “ En el presente supuesto litigioso, que presenta unas muy típicas o peculiares connotaciones , no se ha probado la existencia de perjuicio material o económico alguno, ya que resulta totalmente imposible saber, sin introducirnos en el resbaladizo y absolutamente inadmisibles terreno de las conjeturas cual hubiera podido ser el tratamiento (estimatorio o desestimatorio) que habrían recibido los tres frustrados (por la no personación del procurador demandado) recursos de apelación anteriormente referidos.

De reconocerse sin embargo entidad a la pérdida de la oportunidad y acogerse el concepto de <juicio dentro del juicio>, tal como ha admitido el Tribunal Supremo en sentencias de julio 14 y 28 de 2003²³⁶, como instrumento idóneo para determinar el *quantum* indemnizatorio, habría que definir la forma de armonizar la aplicación de dicha modalidad de daño con la privación del derecho a que la pretensión sea examinada.

En lo que corresponde al grado de <prosperabilidad> de la pretensión existen distintos rangos que pueden determinarse. Un primer rango corresponde a la zona en la cual la pretensión no tiene vocación alguna de ser estimada, por resultar, si se quiere, descabellada.

En estos casos el incumplimiento del abogado no consiste en la omisión en plantear el proceso o en omitir la interposición del recurso, sino que puede concretarse en la omisión del deber de información al cliente sobre la causa que le encomienda.

Otro rango corresponde a las pretensiones que tienen una mayor posibilidad de ser rechazadas, pero que no pueden considerarse descabelladas o fruto del <delirio de la razón jurídica>. Es este el rango propio dentro del cual correspondería dar curso a la privación de la consideración de la pretensión como forma de daño autónoma.

²³⁶ RJ 2003, 4630 y RJ 2003, 5989, Citadas por PARRA LUCAN María Ángeles y REGLERO CAMPO Fernando.. La responsabilidad civil de los profesionales del derecho. O.C. Pág. 860

Cuando la pretensión tenga ya un considerable grado de probabilidad de éxito, esto es cuando se trate de una postura <respetable>, se estaría entrando en los terrenos de la pérdida de la oportunidad, en los cuales se permanece hasta llegar a las situaciones en las cuales la prosperabilidad es indiscutible, caso en el cual el daño se configura en la modalidad de pérdida de la pretensión.

4.1.4 Otros Daños

Otros daños que debe resarcir el abogado cuando una gestión procesal se frustra por un incumplimiento del mismo, consiste en reembolsar el valor de la condena en costas que se imponga al cliente respectivo, así como el monto de los gastos asumidos por la parte perjudicada con el incumplimiento.

Cuando el incumplimiento sea significativo deberá el abogado restituir el valor de los honorarios que hubiere recibido.

4.2 El *Quantum* Indemnizatorio

En los casos en los cuales se configura el daño en la modalidad de <PRIVACION DE LA PRETENSION> y la pretensión malograda por la incuria del abogado es de naturaleza patrimonial, el monto del perjuicio coincidirá con el mismo valor real de la pretensión que se ha frustrado.

Igual acontece para el caso de que la pretensión extrapatrimonial tenga trascendencia económica, salvo que el beneficio económico sea indirecto por depender de una actuación posterior, constituyendo a su vez una oportunidad, caso en el cual corresponde aplicar la forma de cuantificación que se desarrolla en el aparte siguiente. Sería el caso de quien pretende inicialmente le sea reconocido el carácter de heredero, con el fin primordial de ganar legitimidad para demandar luego una indemnización debida al causante.

Si el primer proceso se malogra a pesar de ser indiscutible su prosperabilidad, por negligencia del abogado, y el segundo proceso es de diagnóstico incierto en su resultado, a pesar de haberse frustrado la pretensión inicial, en el fondo sólo se produce la pérdida de una oportunidad.

La frustración de la pretensión obliga al abogado a indemnizar tanto el daño emergente como el lucro cesante, cuando la pretensión era de naturaleza patrimonial.

Cuando la pretensión sea exclusivamente extrapatrimonial, el daño será análogo a un daño moral y su cuantificación, deferida en buen grado al arbitrio judicial, tropezará con los mismos problemas que se presentan respecto de esta modalidad de perjuicio.²³⁷

²³⁷ Tal como señala ISAZA POSSE María Cristina. De la cuantificación del daño. Editorial Temis. Bogotá. 2009. Págs. 47 a 49. Se reconocen distintos límites a la indemnización del daño moral.

En punto a la cuantificación del daño moral, coinciden las Salas 1ª y 2ª del Tribunal Supremo español en señalar que ello es asunto encomendado de forma exclusiva a la discrecionalidad de los jueces de instancia.²³⁸

En ambos casos, por tratarse de una responsabilidad contractual, el *quantum* indemnizatorio se verá limitado por la aplicación de la regla que consagra el art. 1616 del C.C., la cual restringe el resarcimiento a los perjuicios que fueron previsibles al momento del contrato, cuando el incumplimiento del deudor contractual no sea doloso.

Especial dificultad presenta la cuantificación del perjuicio, cuando nos encontramos frente a la PÉRDIDA DE UNA OPORTUNIDAD, y no ante la privación de la pretensión.

La pérdida de la oportunidad procesal será un daño patrimonial o moral, en principio, dependiendo de la naturaleza patrimonial o extra

En la rama civil, el último tope fue fijado por la Corte Suprema de Justicia, en la suma de \$40.000.000⁰⁰, mediante sentencia de enero 20 de 2009.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo maneja un tope equivalente a 100 salarios mínimos mensuales legales, según criterio adoptado en sentencia de Septiembre 6 de 2001, mediante la cual se abandonó la referencia al límite señalado en la legislación penal.

El artículo 97 del Código Penal fija el tope en 1.000 salarios mínimos legales mensuales, y al mismo habrá de recurrirse en los casos en los cuales se imponga por los jueces penales condena a un abogado por los perjuicios aparejados a la comisión del hecho punible denominado “infidelidad a los deberes profesionales”, consagrado por el art. 445 del Código Penal promulgado en el año 2002.

²³⁸ PANTALEON Fernando. Comentarios al código civil. Pág. 1993. Señala el autor que las referidas salas discrepan en cuanto a la posibilidad de atacar la valoración en casación. Mientras la sala 1ª señala que la valoración es inexpugnable en casación cuando concurre error material o jurídico en la apreciación de la prueba, para la sala 2ª, aún cuando la valoración como tal no es atacable dentro del referido recurso extraordinario, si lo son “los conceptos bases determinantes de la cuantía fijada.”

patrimonial de la pretensión frustrada²³⁹, con la salvedad de que en algunos casos la frustración de pretensiones no patrimoniales puede generar perjuicios con trascendencia pecuniaria.²⁴⁰

Habida cuenta de la dificultad de establecer la cuantía del daño, algunos tribunales han planteado la posibilidad de darle tratamiento de daño moral²⁴¹, lo cual es una forma de eludir el problema cuando la pretensión frustrada es de naturaleza patrimonial.

Puestos en la tarea de atribuir una valoración concreta al daño, hay dos postulados que deben ser considerados. En primer lugar es claro que el valor de la indemnización no será igual al de la pretensión frustrada,²⁴²

²³⁹ No obstante cierta confusión entre las fronteras de los conceptos <pérdida de la oportunidad> y <lesión al derecho a la tutela judicial>, en la sentencia TS Julio 27 DE 2006 (RJ 2006, 6548), se anotó: “ el daño debe calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada, como sucede en la mayoría de las ocasiones, y, desde luego, en el caso enjuiciado, tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico mediante el reconocimiento de un derecho o la anulación de una obligación de esta naturaleza.”

²⁴⁰ CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O. C. Pág. 388, cita como uno de estos casos, la situación en la cual la negligencia del abogado malogra una solicitud de rebaja de pena privativa de la libertad, lo cual naturalmente incide negativamente en la posibilidad de generar ingresos por parte del reo.

²⁴¹ “Para esquivar la dificultad existente en el cálculo de *quantum* indemnizatorio, el Tribunal Supremo opta por encuadrarlo bajo <el haz vaporoso de lo que la doctrina considera el daño moral> (STS de 25 de junio de 1998 (RJ 1998, 5013))” CRESPO MORA María Carmen. Obra citada. Página 389.1. También en sentencia de la audiencia provincial de MADRID 11 mayo de 1999 (RJ 1999, 1298) se señaló, ante la pérdida de la posibilidad de tramitar un recurso de apelación por negligencia del abogado, que dicha incuria “ocasionó un evidente y ostensible daño moral a los allí apelantes, que consistió en dejarles irremisiblemente privados del conocimiento y resolución, por el Tribunal competente, de dichos recursos de apelación y , en su caso, también de los posteriores recursos de casación, cuyo daño moral, claramente producido...” VICENTE DOMINGO ELENA. El daño O.C. PAG 320 y 321.

²⁴² Dan cuenta de ello las sentencias del Tribunal Supremo español, de fechas 4 de febrero de 1992 (RJ 1992, 819); 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8971); 25 de junio de 1998 (RJ 1998, 5013).

toda vez que esto sólo ocurre cuando la modalidad del daño es la privación de la pretensión, que exige una prosperabilidad del 100%.

No obstante lo anotado, en todo caso el monto de la pretensión frustrada es un dato básico para determinar el valor final de la indemnización, toda vez que constituye la base sobre la cual computar el porcentaje de prosperabilidad que se atribuya a la misma.²⁴³

La determinación del monto de la pretensión es asunto que debe ser decantado por el criterio del fallador y no basta al efecto con partir de la estimación efectuada por el propio demandante dentro del proceso frustrado por la negligencia del abogado²⁴⁴. Es menester entonces entrar a establecer tanto el grado de prosperabilidad de que la pretensión patrimonial hubiera sido acogida, como la más probable cuantía en la cual se hubiere producido el acogimiento previsto, lo cual nos obliga a abandonar como base de cálculo la estimación anticipada del demandante, cuando la misma pueda considerarse irreal.²⁴⁵

²⁴³ Da cuenta de ello la sentencia del Tribunal Supremo español, de fecha 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8971). En el mismo sentido anota Crespo Mora: "En el resto de los casos, la cuantía solicitada en la demanda o recurso frustrado o el valor de la pretensión sólo podrán ser tenidos en cuenta como criterio que, junto a otros, sirva para calcular la indemnización. Así parece que no habrá de indemnizarse de la misma forma la pérdida de una alta probabilidad de victoria en un juicio con cuantía escasa, que en otro de cuantía millonaria." CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. OP.C. Pág. 390

²⁴⁴ "El cálculo de las probabilidades de éxito de la pretensión frustrada (a través del método estadístico o del <juicio dentro del juicio>) suele ser utilizado junto a otro criterio: la cuantía de la citada pretensión." CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. OP.C. Pág. 396.

²⁴⁵ Conviene a este respecto traer a colación, como ejemplo de los peligros de dar por válida la estimación de la cuantía pretendida, guardando la debida analogía, la sentencia del Consejo de Estado proferida el día 8 de julio de 2009. En la misma se decidió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en la cual las sociedades Milenio Televisión S.A. y Planeta Televisión S.A., presentaron demanda en contra

de la sociedad Canal Regional de Televisión Teveandina Ltda., orientada a solicitar la nulidad del acuerdo mediante el cual se produjo la adjudicación de espacios en el canal en el año de 1998, así como el correspondiente resarcimiento de los perjuicios derivados de no haberse efectuado adjudicación alguna a favor de las demandantes.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al desatar la primera instancia, declaró la nulidad parcial del acto, pero se abstuvo de acoger las pretensiones de naturaleza indemnizatoria aduciendo que “la parte demandante no probó que su propuesta fuera la mejor y más conveniente para la Administración y que el sólo hecho de que estuviera “...*facultada legalmente para ser adjudicataria de los contratos de cesión de derechos de emisión de programas de televisión ofrecidos por TV ANDINA LTDA objeto de la licitación, no le da derecho al reconocimiento de la indemnización de perjuicios por concepto de lucro cesante*”.

Como quiera que solo apelaron de la sentencias las sociedades integrantes de la parte actora, el Consejo de Estado se limitó a decidir el punto impugnado, referido al resarcimiento de los perjuicios, para lo cual se adentró en el análisis del hecho probado, conforme al cual la gran mayoría de empresas que fueron adjudicatarias de espacios en la licitación, se vieron luego forzadas a devolverlos ante el fracaso económico producido por la explotación de los mismos, al interior de la crisis sufrida por el sector.

Con base en dicha circunstancia alegó la demandada que la no adjudicación de espacios en el canal no le representó a las demandantes daño alguno, toda vez que las empresas favorecidas en la licitación, de hecho, ninguna utilidad obtuvieron, y antes, bien por el contrario, se vieron precisadas a incumplir los contratos para evitar mayores pérdidas.

El Consejo de Estado, abordó el problema desde la perspectiva de considerar la situación de las demandantes primero como un caso de lucro cesante y luego como una pérdida de la oportunidad.

La conclusión del máximo tribunal de lo contencioso administrativo fue que no podía entenderse configurado un lucro cesante, para lo cual señaló: “La doctrina argentina, con base en su propia jurisprudencia, ha plasmado algunas pautas relativas al lucro cesante, entre las cuales se hallan las siguientes^{245[28]}:

“Es un principio básico para la determinación del lucro cesante que éste se delimita por un juicio de probabilidad (...).

La simple posibilidad de obtener una ganancia, es insuficiente para caracterizar el lucro cesante, porque para ello es menester una probabilidad objetiva **que emane del curso normal de las cosas (...)**;

En materia de lucro cesante el perjuicio –para que sea compensable- debe ser cierto y probado; y esto requiere una prueba adecuada la cual, si no llega a ser totalmente cabal e incuestionable por lo menos debe alcanzar ciertos límites mínimos (...);

La procedencia del ‘*lucrum cessans*’ tiene su fundamento y su límite **en la probabilidad objetiva y cierta que emana del curso natural de las cosas y de las circunstancias generales o especiales del caso concreto, con sujeción a dos pautas rectoras: verosimilitud y razonabilidad (...)**;

(...) las pérdidas han de ser reales y **las ganancias frustradas o dejadas de percibir han de presentarse con cierta consistencia, no siendo indemnizables, las que estrictamente son dudosas**, pues sin exigirse la rigurosidad de tener que tratarse de ganancias seguras, **sí hay que considerar las ganancias que resulten verosímiles, apoyadas en algún principio de prueba, siendo necesario demostrar que realmente se han dejado de obtener, por presentarse como ganancias muy probables**”. (Las negrillas son de la Sala).

Quiere decir lo anterior, que la “certeza” que gira en torno del lucro cesante como daño futuro, depende del altísimo grado de probabilidad de que, efectivamente, esos ingresos se iban a producir en el patrimonio del damnificado, quien ahora no los obtendrá, por causas imputables al hecho dañoso; esto permite entonces, que el juez evalúe, al momento de determinar la existencia de los perjuicios reclamados en la demanda y entre estos, la existencia del lucro cesante aducido, el mayor o menor grado de probabilidad de que, efectivamente, el demandante habría obtenido el ingreso alegado, y que el mismo se vio frustrado por circunstancias imputables al demandado, evaluación que efectuará con base en todos los elementos de juicio que en ese momento se hallen a su disposición en el proceso.” La referida evaluación, consideró el fallador, le permite apreciar hechos que se hubieren producido con posterioridad a la configuración del daño antijurídico, a fin de determinar con mayor certeza cuál habría sido el curso real de las expectativas frustradas, ante lo cual anotó: “En el presente caso, la Sala considera que si bien se puede concluir que efectivamente, el hecho dañoso se produjo y las sociedades demandantes se vieron ilegal e injustamente privadas del derecho a la adjudicación – conclusión del a-quo al declarar la nulidad del acto acusado, decisión que no fue objeto de apelación-, no existe la necesaria certeza sobre la producción de perjuicios en la modalidad de lucro cesante que usualmente se reconocen en esta clase de procesos, por cuanto es cuestionable la posibilidad de obtención de utilidades de las demandantes, a partir de la ejecución de los contratos que no les fueron adjudicados.

Debe igualmente considerarse que mientras mayor sea el grado de prosperabilidad de la pretensión frustrada, mayor debe ser el quantum de la indemnización.²⁴⁶

Es natural entonces que el primer criterio planteado para establecer el *quantum* indemnizatorio sea atender el valor aproximado de la probabilidad de éxito de la pretensión frustrada, lo cual en todo caso no está exento de dificultad.

A pesar de haberla calificado de daño moral en los casos en los cuales ha despachado condena por la pérdida de una oportunidad, el Consejo

En efecto, se observa que en el proceso obran suficientes medios de prueba y elementos de juicio que dan cuenta de la especial situación de crisis económica que atravesó el servicio de televisión con posterioridad al acto administrativo de adjudicación aquí demandado, y que produjo graves trastornos en los contratos finalmente adjudicados, que condujeron a su suspensión indefinida o a su terminación anticipada, en virtud de las pérdidas que los mismos estaban arrojando.

En tales condiciones, no resulta creíble que, en el caso de las sociedades demandantes, ellas iban a pasar incólumes por la crisis generalizada de la Televisión en Colombia y que ellas, a diferencia de todos los demás operadores del servicio, sí iban a obtener las ganancias programadas en sus propuestas.”

No obstante lo anotado, efectuado un análisis que virtualmente descartaba la posibilidad de obtener utilidad alguna, ante lo cual ninguna indemnización habría de proceder, el Consejo de Estado, al analizar la figura de la pérdida de la oportunidad, decidió condenar a la demandada, considerando como grado de <prosperabilidad> de la hipótesis de ganancia que en la demanda se plantea, la resultante de considerar el porcentaje que representan el número de contratistas que no devolvieron los espacios o que persistieron en la ejecución del contrato frente el número total de adjudicatarios; y como valor de la pretensión, el valor de la utilidad que los propios demandantes habían estimado al momento de presentar la propuesta en la licitación. No se analizó si los contratistas aún vinculados al canal había efectivamente obtenido utilidades en el periodo; cuanto les había costado financiar las pérdidas en el periodo de mayor crisis, y si las demandantes contaban con el mismo <músculo financiero>; o cual era el saldo neto resultante de considerar el valor de cesión de los espacios conservados, deducidas las pérdidas anteriormente sufridas.

Pero más llamativo aún resulta que se hubiera aplicado el porcentaje de prosperabilidad así obtenido a la utilidad calculada *ab initio* por los mismos demandantes, cuando el fundamento de lo decidido en torno a la inexistencia de lucro cesante, era precisamente que tales utilidades eran ilusorias.

Se formulan los anteriores comentarios con el fin de recalcar que la aplicación del grado de prosperabilidad al valor de la pretensión, como base para determinar el valor de la oportunidad pérdida, supone previamente afinar el valor verosímil de la pretensión, lo cual ha de hacerse conjuntamente con la medición de la probabilidad que tiene la misma de resultar acogida y con aplicación del mismo método.

²⁴⁶ “De esta forma, la indemnización sería el resultado de aplicar el porcentaje de probabilidad o prosperabilidad de la pretensión a la cantidad solicitada en el proceso frustrado por la impericia del letrado.” CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág. 396

de Estado²⁴⁷ acogió dentro de la motivación de la sentencia proferida el 7 de Septiembre de 2004, un aparte doctrinal que predica la debida consonancia entre el grado de prosperabilidad de la pretensión frustrada en la modalidad de daño que nos ocupa y el monto de la indemnización debida.

El aparte referido, tomado de De Angel Yagüez, quien comenta una manifestación de Francois Chabas, es el siguiente: "3) "Cuando el perjuicio es la pérdida de una oportunidad de sobrevivir, el juez no puede condenar al médico a pagar una indemnización igual a la que debería si él hubiera matado realmente al enfermo. El razonamiento es el mismo cuando la 'ventaja esperada" es diferente de la supervivencia, como por ejemplo, ganar un proceso. El juez debe hacer que la reparación sea proporcional al coeficiente de oportunidades que tenía el paciente y que éste ha perdido...Se examina cuántas oportunidades tenía el paciente de no sufrir este otro perjuicio; se calcula la indemnización según esas oportunidades, pero tomando como base la suma que habría servido para indemnizar por la muerte o por la pérdida cierta de cualquiera otra "ventaja esperada".

²⁴⁷ Sentencia de siete (7) de septiembre de dos mil cuatro (2004); Radicación número: 14.675
Actor: AURORA PINZÓN DE ROJAS Y OTROS; Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA Y OTRO
Asunto: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Para la determinación del porcentaje de éxito de la pretensión se ha planteado la utilización de dos métodos: el estadístico y el denominado <juicio dentro del juicio>.²⁴⁸

Supone el primero de los nombrados medir en un número importante de casos los niveles de éxito de reclamaciones que guarden una fuerte analogía con la pretensión frustrada. El sistema anotado encuentra problema en la determinación de la analogía, toda vez que cualquier variación en los hechos de los distintos casos que son comparados determina el cuestionamiento del resultado; en la búsqueda de una muestra lo suficientemente amplia que permita justificar conclusiones objetivas; y, finalmente, en la consideración de que los jueces no se encuentran constreñidos por sus propios precedentes.

El denominado <juicio dentro del juicio>, consiste en que el fallador del proceso donde se juzga el incumplimiento contractual del abogado, debe efectuar un análisis hipotético de cuál habría sido el resultado más probable del otro proceso en el cual se hubiera ventilado la pretensión malograda sin que mediara el comportamiento negligente, y qué grado de probabilidad tenía dicha pretensión de salir triunfante o de ser acogida en el fallo definitivo.²⁴⁹

²⁴⁸ CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág. 360

²⁴⁹ CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág.392.2

El método al cual nos venimos refiriendo ha encontrado críticas por cuanto algunos estiman resulta imposible efectuar, con acierto, la operación mental en la cual se funda²⁵⁰, habida consideración de que los elementos probatorios en el proceso real y el simulado, en ningún caso serían los mismos, entre otras razones por cuanto en el proceso real, en la discusión hipotética, no participa la contraparte beneficiada con la negligencia del abogado.

Por razones de la citada estirpe el método del juicio dentro del juicio ha sido calificado de una “revisión distorsionada”²⁵¹, que produce un “pronóstico ficticio”²⁵².

La verdad es que el método es por definición inexacto, como cualquier intento por predecir el resultado de un proceso, pero aún así resulta preferible aplicarlo, con la debida prudencia, que propiciar la virtual desprotección de las víctimas ante los incumplimientos de las obligaciones de los abogados a los cuales se les encomienda gestionar el reconocimiento de una pretensión ante los jueces o ante la administración pública.

²⁵⁰ En la sentencia SAP Madrid 11 mayo 1999, se señaló: “Prescindiendo totalmente del hipotético tratamiento (estimatorio o desestimatorio) que hubieran podido recibir los respectivos recursos de apelación, **lo que es absolutamente imposible de tratar de averiguar ahora...**”

²⁵¹ CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág. 394 y STS enero 26/99

²⁵² CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág. 395

Se han formulado respecto del método otros cuestionamientos, que se fundan en asumir que el proceso simulado (el juicio hipotético que se hace dentro del juicio real) es verdadero. En ese contexto se aduce que el juez que conoce del proceso promovido en contra del abogado, al “decidir” sobre la suerte de la pretensión frustrada estaría desconociendo los efectos de cosa juzgada, y que eventualmente puede carecer de jurisdicción o de competencia para decidir.²⁵³

La verdad es que el juez que conoce del proceso que se adelanta contra el abogado, no decide el proceso frustrado, sino sólo establece el grado de probabilidades que tenía de resultar acogida la malograda pretensión, considerando los distintos resultados posibles. La

²⁵³ “Otra de las críticas que ha recibido el criterio del <juicio dentro del juicio> es que, en ocasiones, puede vulnerar el principio de cosa juzgada. Ello ocurrirá cuando exista una sentencia desfavorable para los intereses del cliente, cuya firmeza se produce como consecuencia de la falta de interposición en el plazo del recurso correspondiente por el abogado. En tal caso, la reproducción imaginaria de cómo habría resuelto el órgano judicial superior ese asunto pondría en tela de juicio el citado principio. Para evitar este inconveniente, según Serra Rodríguez, los tribunales tendrán que limitarse a efectuar un análisis de la posición del perjudicado semejante a la que se realiza para determinar el lucro cesante, sin enjuiciar exhaustivamente las pretensiones de las partes. Sin embargo, el criterio del <juicio dentro del juicio> realmente no provoca una violación del principio de cosa juzgada; no sólo falta la perfecta identidad de partes entre ambos procesos (requisito exigido por el artículo 222 LECiv/2000) sino que, además, no se modifica la situación jurídica declarada en firme. La sentencia desestimatoria o de inadmisión derivada de la negligencia del letrado no es modificada por el tribunal concedor de su responsabilidad tras la realización de ese juicio imaginario. Con el juicio de responsabilidad civil, en el caso de que la pretensión sea estimada, el cliente perjudicado recibirá una indemnización, pero su pretensión frustrada o no incoada continuará en la misma situación. Por ello, precisamente –esto es, porque la situación es irreversible- recibe una indemnización por pérdida de la oportunidad.”

“En tercer lugar, cuando la pretensión frustrada por negligencia del letrado (o por un evento producido en su ámbito de control, de admitirse una responsabilidad contractual objetivo u objetivada) no sea civil, determinar las posibilidades de éxito de la pretensión laboral, penal o administrativa en el juicio de responsabilidad interpuesto contra el abogado, supondría realizar por parte del órgano de la jurisdicción civil, un juicio de probabilidad sobre otra jurisdicción lo que, según alguna sentencia, resulta <totalmente inadmisibile>. Ahora bien, esta crítica resulta desacertada en atención al artículo 117.5 CE que consagra el principio de unidad jurisdiccional. De hecho, un alto porcentaje de las sentencias sobre responsabilidad del abogado que utilizan este método para calcular la indemnización de la pérdida de la oportunidad, valoran la actuación del letrado en el ámbito laboral. CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Págs. 394 y 395

consideración simultanea de resultados alternativos, es precisamente todo lo contrario a una decisión judicial.

El desenfoque lógico de tales cuestionamientos, basados en un supuesto inaceptable (que dentro del juicio contra el abogado se decide el proceso malogrado por la negligencia del profesional), hace innecesario combatirlos desde la óptica estricta del derecho procesal.²⁵⁴

Surgen al interior del método dos posibilidades extremas. La primera es que efectuado el ejercicio hipotético de imaginar el fallo que se hubiera producido si no hubiera mediado el incumplimiento del abogado, se imponga una condena igual al valor de la pretensión si el ejercicio determina un resultado prevalente o favorable a dicha pretensión, o una absolución al abogado si la solución imaginada era desestimatoria.

Tal postura ha de desecharse por radical, y por cuanto el juez del proceso donde se demanda al abogado, no es el verdadero juez del proceso frustrado; y nada le permite concluir que sus dudas en la definición de la solución hipotética hubieran sido resueltas en el mismo sentido por un juez diferente, que además podría contar con elementos de juicio adicionales.

²⁵⁴ En verdad si se acepta el supuesto cuestionado, en todo caso resulta posible desechar la objeción que apunta en el sentido de invocar la cosa juzgada, toda vez que las partes no son las mismas en ambos procesos, pero no habría forma de desechar la objeción atinente a la falta de competencia o de jurisdicción, toda vez que en nuestro sistema constitucional la unidad de la jurisdicción no es absoluta.

Otra cosa es que el juez no tenga duda alguna sobre el resultado, caso en el cual, si lo imagina estimatorio de la pretensión, nos encontraremos ante un caso de PRIVACION DE LA PRETENSIÓN; y si es desestimatorio, ante un caso de daño incierto.

Una segunda opción, más razonable, consiste en aplicar una condena proporcional al porcentaje de éxito previsto como resultado del ejercicio, partiendo para ello del valor de la pretensión.²⁵⁵

REGLERO CAMPOS y PARRA LUCAN plantean al respecto una regla general de conformidad con la cual “cuando atendiendo las circunstancias del caso puede determinarse la probabilidad de éxito que tiene una determinada pretensión, el daño de la pérdida de oportunidad procesal debe calcularse aplicando el porcentaje de aquella probabilidad al valor de la pretensión (o, en su caso, aunque esto es más raro, de la defensa contra la misma).”²⁵⁶

No está por demás mencionar que la doctrina ha sugerido otros métodos para cuantificar el daño en los casos de pérdida de la oportunidad procesal, como son, imponer una indemnización equivalente al doble de los honorarios recibidos por el abogado,²⁵⁷ y el

²⁵⁵ CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág 393.

²⁵⁶ PARRA LUCAN María Ángeles y REGLERO CAMPO Fernando. La responsabilidad civil de los profesionales del derecho. O.C. Pág. 864

²⁵⁷ CRESPO MORA cita la sentencia SAP Guipúzcoa de 12 de Septiembre de 1994. CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág 397

determinar un rango para la condena entre el 10 y el 20% del valor real de la pretensión.²⁵⁸

Tales criterios sin embargo desatienden el carácter estrictamente resarcitorio de la responsabilidad civil, cuya consecuencia “no se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta y la reprochabilidad del responsable, sino con arreglo a la entidad del daño”²⁵⁹, de cara a lo cual resultan inaceptables las fórmulas de tasación única o invariable.

El denominado método del juicio dentro del juicio, resulta ser la opción más adecuada para la tasación de los perjuicios, cuando nos encontramos ante una pérdida de la oportunidad procesal.²⁶⁰

Cuando la pretensión frustrada sea extrapatrimonial y se produzca la pérdida de la oportunidad, sin trascendencia pecuniaria, la estimación se estimará como corresponde a los daños morales.

²⁵⁸ CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág. 397. Nota 139, cita a PERAN ORTEGA en la doctrina española y a TRIGO REPRESAS en la Argentina.

²⁵⁹ PANTALEON PRIETO A. Fernando. Comentarios al código civil. O.C. Pág. 1972. La cita aunque referida a la responsabilidad extracontractual, resulta igualmente predicable de la proveniente del contrato o de la violación de obligaciones preexistentes al incumplimiento, toda vez que las únicas excepciones en este campo provienen de la propia y expresa voluntad de los contratantes, que deciden pactar una pena; o de estipulaciones legales aplicables en el estricto contorno de la hipótesis a la cual se refiere, como es el caso del art. 731 del código de comercio.

²⁶⁰ Crespo Mora con apoyo en la sentencia STS enero 26 1999 (RJ 1999,323) considera que “El recurso al juicio dentro del juicio no debe ser rechazado porque, pese a sus inconvenientes, se configura como un método objetivo para cuantificar el daño en estos casos y, en consecuencia, evita cálculos arbitrarios del mismo” CRESPO MORA María Carmen. La responsabilidad del abogado en el derecho civil. O.C. Pág. 395

De igual forma habrá de procederse cuando el daño consista en la privación del derecho a que la pretensión o el recurso sean examinados.

No está por demás señalar que, en algunos casos, “el Tribunal Supremo ha considerado como daño moral derivado de la frustración del derecho a la tutela judicial un daño equivalente al valor patrimonial de la prestación sufrida.” (STS 11 noviembre de 1997 - RJ 1997, 7871; 28 enero de 1998 - RJ 1998, 357; 3 octubre 1998 - RJ 1998, 8587; y 14 mayo de 1999 - RJ 1999, 1306)²⁶¹

Parece que el Tribunal Supremo español usa indistintamente los tres tipos de daño que hemos mencionado, vinculados con la pérdida de la posibilidades de ejecutar actos procesales idóneos para la obtención de una pretensión, tal como se desprende del aparte que a continuación se transcribe, en el cual se cobija todo el espectro de posibilidades dentro de la figura de la <pérdida de la oportunidad>, sin establecer distinciones que atiendan el grado de prosperabilidad de la causa frustrada: “Mientras todo daño moral efectivo, salvo exclusión legal, debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima, la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el

²⁶¹ PARRA LUCAN María Ángeles y REGLERO CAMPO Fernando. La responsabilidad civil de los profesionales del derecho. O.C. Pág. 864

caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad. El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando hay una razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. En otro caso no puede considerarse que exista perjuicio alguno, ni frustración de la acción procesal, sino más bien un beneficio al supuesto perjudicado al apartarlo de una acción inútil, y ningún daño moral puede existir en esta privación, al menos en circunstancias normales.”²⁶²

²⁶² STS de Julio 2006 (RJ 2006, 6548) , citada por PARRA LUCAN María Ángeles y REGLERO CAMPO Fernando. La responsabilidad civil de los profesionales del derecho. O.C.Pág. 866.

CONCLUSIONES

La evolución de la responsabilidad profesional, unida a la paulatina disolución de la situación de privilegio que dentro de la sociedad gozaban los profesionales liberales, permite prever en un horizonte de tiempo no muy largo, el paulatino incremento de causas promovidas para solicitar el reconocimiento de responsabilidad civil de los abogados.

El panorama normativo nacional permitirá enfrentar tales controversias, pudiéndose prever que buena parte de las soluciones particulares, podrían resultar consonantes con las que han sido ya acuñadas por el derecho comparado y especialmente por la experiencia española, habida cuenta de que las instituciones utilizadas para sustentarlas encuentran correspondencia y desarrollo en nuestro ordenamiento.

Algunos aspectos podría resolverse incluso de forma menos traumática, como es el caso de tipo contractual aplicable a la relación entre el abogado y su cliente, gracias a que el Código Civil, tiene en buena parte resueltos los problemas que han enfrentado los operadores de justicia de cara al ordenamiento español.

Las obligaciones que del contrato respectivo surgen para el abogado se presentan matizadas por el deber de conocimiento del derecho, a consecuencia de lo cual, para el cabal cumplimiento de las mismas, en sus distintas manifestaciones, no basta con brindar un acompañamiento pasivo a los intereses cuya gestión se le encomienda.

En consonancia con lo anterior, también las prestaciones accesorias a cargo de abogado, le imponen la necesidad de adoptar una actitud proactiva, al nivel de la importancia que es propia de la función de la abogacía.

El deber de información permite redefinir la relación entre el abogado y su cliente, dentro de un exigente marco de mutua colaboración.

Resulta paradójico que el deber de secreto, a pesar de haber sido objeto de específica consagración constitucional, hubiere sido materia de un pobre desarrollo legal, especialmente por los aspectos disciplinarios, lo cual impone un especial esfuerzo interpretativo para guardar la coherencia del sistema y para procurar la cabal protección de tan importante garantía democrática.

En lo que corresponde a la tipología de los perjuicios que suelen desprenderse del incumplimiento de las obligaciones contractuales de los abogados, es de destacar que ni la privación de la pretensión, ni la

privación del derecho a que la misma sea examinada, han encontrado todavía reconocimiento expreso en nuestra jurisprudencia.

Cosa distinta ocurre con la pérdida de la oportunidad, cuyos efectos han sido reconocidos por la Corte Suprema de Justicia y desarrollados por el Consejo de Estado.

La aplicación de las normas del mandato y los desprendimientos de las características particulares que son propias de la profesión de abogado, permitirán sin duda ambientar soluciones equilibradas en las cuales se brinde efectiva protección a los intereses del abogado y de sus clientes.

BIBLIOGRAFIA

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ, Sentencia de 3 de septiembre de 1996.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, Sentencia de 11 de mayo de 1999 (RJ 1999,1298).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA, Sentencia de de febrero 13 de 1995.

CARRETERO SANCHEZ Santiago, La responsabilidad del abogado en la sociedad profesional” Ediciones Jurídicas Dijusa, Madrid, 2008.

CERVILLA GARZÓN María Dolores, <La obligación de información del abogado,> Revista General de Derecho, Número 676-677, Enero - Febrero 2001.

CERVILLA GARZÓN María Dolores, <Responsabilidad civil del abogado por incumplimiento del deber de información, Comentarios a la STS de 14 mayo 1999 (RJ 1999, 3106) > REVISTA DE DERECHO PATRIMONIAL, Año 2000-1.

CERVILLA GARZÓN María Dolores, La prestación de servicios profesionales, Tirant lo Blanch, Valencia 2001.

CERVILLA GARZÓN María Dolores, Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado, Revista Actualidad Civil, N° 40, semana del 27 de octubre al 2 de noviembre de 2003, Págs, 1075 - 1087.

CRESPO MORA María Carmen, La responsabilidad del abogado en el derecho civil, Thomson Civitas, Editorial Aranzadi S,A, Primera edición, 2005.

CRESPO MORA María Carmen, La responsabilidad del abogado en el derecho español, en revista de Derecho de la Universidad del Norte, Julio de 2006, Págs. 257 a 285.

CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de junio 15 de 2000, N° 10,963.

CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 14 de junio de 2001, N° 13,006.

CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, N° 14,675.

CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 8 de julio de 2009.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-244A-96 de 30 de mayo de 1996.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-538/97.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-264/96.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-062/98.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No, T-073A/96.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No, C-411/93.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-264/96.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de febrero 25 de 1952.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Octubre 11 de 1991.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Enero 30 de 2001.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Noviembre 26 de 1986.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de 12 de Septiembre de 1996.

DE ANGEL YAGÜEZ Ricardo, <Responsabilidad por informar>, Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio, obra coordinada por Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2000.

DE ANGEL YAGUEZ Ricardo, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Madrid, Ed, Civitas S.A. 1995.

DE TOLEDO Y UBIETO Emilio Octavio, Algunas reflexiones sobre el tratamiento jurídico del secreto profesional, Revista La ley, Tomo I, 1983.

DIEZ PICAZO Luis, Derecho de Daños, Civitas, 1999.

DIEZ PICAZO Luis/GULLON Antonio, Sistemas de derecho civil, Volumen II, Tecnos, Madrid, 2001.

GOMEZ CALLE Esther- Los deberes precontractuales de información Editorial La Ley.

HENAO Juan Carlos, El Daño, Universidad Externado de Colombia, 1998.

ISAZA CADAVID Germán, Estatuto de los Abogados, Leyer, Decima edición, Bogotá, 2009.

ISAZA POSSE María Cristina, De la cuantificación del daño, Editorial Temis, Bogotá, 2009.

JARAMILLO J. Carlos Ignacio, Responsabilidad civil médica, La relación medico paciente Análisis doctrinal y jurisprudencial, Pontificia universidad Javeriana, Segunda reimpresión, 1996, Pág. 110.

MARTINEZ CALCERRADA Luis, Responsabilidad Civil Profesional Del Abogado, Perfiles De La Responsabilidad Civil En El Nuevo Milenio, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.

ORIÓN ÁLVAREZ Andrés, La Responsabilidad Civil del Abogado y Su Aseguramiento, ponencia presentada en la ciudad de Barranquilla.

OSSOLA Federico y VALLESPINOS Gustavo. La obligación de informar. Editorial Advocatus. Córdoba, 2001

PANTALEON PRIETO A, Fernando Comentarios Al Artículo 1902 Código Civil, De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia, Comentarios del Código Civil, Tomo II, Ministerio de Justicia, Civitas, Madrid, 1993, Págs. 1971 - 2003.

PARRA LUCAN María Ángeles y REGLERO CAMPO Fernando, La responsabilidad civil de los profesionales del derecho, Tratado de responsabilidad civil, Tomo II parte especial primera, Thomson Aranzadi.

PLASENCIA MONLEON Antonio, Secreto profesional e independencia del abogado según el derecho español, Revista jurídica del Catalunya, Año LXXXVI, Num.3 Barcelona, 1987.

POVEDA PERDOMO Alberto, El delito de abogado, Editorial Librería del Profesional Ltda, Bogotá, 2003.

SERRA RODRIGUEZ Adela, La relación de servicios del abogado, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

SOTO NIETO FRANCISCO, Revelación del secreto profesional por abogado, Consentimiento del cliente, Revista jurídica española LA LEY Tomo I, 1997.

TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de responsabilidad civil, Tomo I, LEGIS, Bogotá, Segunda edición, 2007.

TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de responsabilidad civil, Tomo II, LEGIS, Bogotá, Segunda edición, 2007.

TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia de Octubre 3 de 1998, (RJ 1998, 8587).

TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia de 20 de febrero de 2002 (RJ 2002, 3501).

TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia de 31 de mayo de 1983 (RJ 1983, 2956).

TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia de 25 de junio de 1984 (RJ 1984, 1145).

TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia de 8 de abril de 2003.

TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871).

TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia de 25 de junio de 1998 (RJ 1998, 5013).

TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia de 10 de octubre de 1998 (RJ, 1998, 3719).

TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia de 8 de julio de 2003 (RJ 2003, 4613).

TRIBUNAL SUPREMO, Sentencias de 14 de julio de 2003 (RJ 2003, 4630).

TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia de 28 de julio de 2003 (RJ 2003, 5989).

TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia de 27 de Julio de 2006 (RJ 2006, 6548).

TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia de 4 de febrero de 1992 (RJ 1992, 819).

TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8971).

TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia de 25 de junio de 1998 (RJ 1998, 5013).

TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8971).

TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia de enero 26 1999 (RJ 1999,323).

TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia de junio 14 de 1907 (jurisprudencia civil, N° 103, Págs. 726 a 734).

TRIBUNAL SUPREMO, Sentencia de 27 de diciembre de 1915 (jurisprudencia civil, N° 159).

VICENTE DOMINGO Elena, Capítulo III, El daño, Tratado de responsabilidad civil, coordinado por Reglero Campos, 2ª edición, Aranzadi, Navarra, 2003, Págs. 301 - 443.

YZQUIERDO TOLSADA Mariano, La responsabilidad civil del profesional liberal, Reus S.A., Madrid, 1989,

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, La responsabilidad civil del abogado, La Universidad Y Las Profesiones Jurídicas (Deontología, Función Social Y Responsabilidad); Fundación central hispano y Consejo Social De La Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1998.

YZQUIERDO TOLSADA Mariano, Comentarios de la STS de 28 de enero de 1998, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Núm. 47 (abril - agosto de 1998) Págs. 673 - 688.