

**UNIVERSIDAD DE GRANADA**  
**Departamento de Derecho Civil**

**RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO  
CONFORME A LA NATURALEZA DE LA  
PRESTACIÓN Y DE LA RELACIÓN  
JURÍDICA. UNA PERSPECTIVA  
COMPARADA**

**DOCTORANDO FABRÍCIO ZAMPROGNA MATIELLO**

**Director: Prof. Dr. Antonio Orti Vallejo**

Editor: Editorial de la Universidad de Granada  
Autor: Fabrício Zamproga Matiello  
D.L.: GR 1079-2012  
ISBN: 978-84-695-1067-4



INTRODUCCIÓN .....	8
CAPÍTULO I.- LOS PRINCIPIOS DE LA ABOGACÍA .....	21
1.1 Origen de la denominación “abogado” .....	21
1.2 Surgimiento de la abogacía .....	22
1.2.1 Grecia y Roma .....	23
1.2.2 Edad Media y Renacimiento.....	30
1.2.3 Edad Moderna y Edad Contemporánea .....	33
CAPÍTULO II.- LA PROFESIÓN DE ABOGADO COMO UNA FUNCIÓN Y COMO UN CONTRATO ...	40
2.1 El abogado como colaborador en la administración de la justicia y su habilitación técnica .....	40
2.2 La relación contractual del abogado con el cliente.....	47
2.2.1 El contrato como arrendamiento de servicios en el Derecho español .....	48
2.2.2 El contrato como mandato en el Derecho brasileño .....	54
2.3 Análisis de los deberes del abogado .....	62
2.3.1 Deberes principales.....	62
2.3.2 Deberes laterales, anexos o accesorios del abogado.....	70
CAPÍTULO III.- RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO. PANORAMA GENERAL .....	93
3.1 Bases de la responsabilidad civil en general .....	93
3.1.1 Funciones de la responsabilidad civil .....	93
3.1.2 Culpa e imputabilidad .....	99
3.1.3 El acto ilícito y el acto lícito .....	101
3.1.4 La ley como base primaria de la responsabilidad civil .....	104
3.2 Responsabilidad subjetiva.....	107
3.2.1 El elemento culpa en la definición de la responsabilidad subjetiva .....	107
3.2.2 Culpa contractual y culpa extracontractual .....	111
3.3 Responsabilidad objetiva .....	113

3.3.1 Criterios de imputación en la responsabilidad objetiva.....	114
3.4 Clases de daños .....	122
3.4.1 Daños materiales puros.....	124
3.4.2 Daños morales puros.....	126
3.4.3 La posibilidad de acumulación de daños.....	130
CAPÍTULO IV.- NOCIONES ESENCIALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO ....	132
4.1 La creciente búsqueda de la responsabilidad del abogado .....	132
4.2 Elementos constitutivos de la imputación subjetiva .....	137
4.3 La tendencia de universalización de los presupuestos de la responsabilidad .....	145
4.4 La definición de la culpa del abogado .....	148
4.4.1 Elementos de configuración.....	148
4.4.2 Cuestiones relacionadas al grado y a la concurrencia de culpas .....	153
4.4.3 El criterio de la diligencia del buen profesional en el Derecho comparado .....	160
4.5 Cuantificación de los daños y pérdida de una chance .....	178
4.5.1 Base normativa de la indemnización de daños en el Derecho español y brasileño	178
4.5.2 Contenido del deber de indemnizar los daños ocasionados .....	183
4.5.3 La prueba de la ocurrencia de los daños alegados .....	186
4.5.4 Criterios utilizados en la determinación del valor de la condena .....	189
4.6 Relación de causalidad .....	214
4.6.1 La definición tradicional del nexo causal .....	214
4.6.2 El nexo causal en la mala actuación del abogado .....	216
4.6.3 Breve análisis comparado del nexo causal y de las principales teorías .....	221
4.6.4 Influencia de las denominadas concausas en la afirmación del nexo.....	228
4.6.5 Culpa exclusiva de la víctima en la producción del resultado.....	229
4.6.6 La mejor adecuación de la causalidad directa o inmediata .....	230

CAPÍTULO V.- RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO Y SU RELACIÓN CON LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN .....	232
5.1 Consideraciones generales.....	232
5.1.1 Bipartición de la responsabilidad en contractual y extracontractual .....	232
5.1.2 Presupuestos básicos de cada modalidad.....	235
5.2 Responsabilidad contractual .....	240
5.2.1 Momento de instalación de los deberes ante el cliente.....	240
5.2.2 Actividad pre-contractual del abogado.....	242
5.2.3 La expresa determinación de obligaciones en el ámbito del contrato y las obligaciones <i>ex vi legis</i> .....	243
5.2.4 Consecuencias de la naturaleza <i>intuitu personae</i> del contrato .....	247
5.2.5 Aplicación al abogado de la legislación de consumo .....	250
5.2.6 Aspectos relativos a la carga de la prueba en el Derecho Comparado.....	254
5.2.7 La obligación de medios.....	261
5.2.8 La obligación de resultado .....	273
5.2.9 Actuación judicial y extrajudicial con obligación de medios.....	280
5.3 Responsabilidad extracontractual.....	288
5.3.1 Hipótesis susceptibles .....	288
5.3.2 Mecanismo de responsabilidad .....	290
5.4 Prescripción de la pretensión contra el abogado.....	294
5.4.1 Marco inicial de la prescripción .....	294
5.4.2 Plazos de prescripción .....	297
CAPÍTULO VI.- PRINCIPALES SITUACIONES GENERADORAS DE RESPONSABILIDAD EN LA PRÁCTICA FORENSE.....	300
6.1 Deber de sigilo profesional, de consejo y de información .....	300
6.2 Prescripción o decadencia por inercia del abogado .....	318

6.3 Incumplimiento de obligaciones procesales stricto sensu.....	324
6.4 Incumplimiento de deberes laterales, anexos, éticos y procesales.....	327
6.5 Inobservancia de plazos en el transcurso del proceso.....	338
6.6 Inexistencia o falta de pruebas .....	344
6.7 La no comparecencia a las audiencias .....	345
6.8 Renuncia del derecho sin la anuencia del cliente .....	348
6.9 Falta de interposición de recursos .....	349
6.10 Pérdida o extravío de autos y documentos.....	357
6.11 Falta de repaso de valores al cliente.....	359
<b>CAPÍTULO VII.- RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO QUE ACTÚA EN RÉGIMEN DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA .....</b>	
7.1 Asistencia jurídica prestada por instituciones de enseñanza .....	361
7.1.1 La formación <i>sui generis</i> del vínculo .....	361
7.1.2 Deberes asumidos por el abogado.....	364
7.1.3 Determinación de la responsabilidad profesional .....	365
7.2 Responsabilidad civil de los abogados de la Defensoría Pública .....	371
7.2.1 Peculiar situación en el ordenamiento jurídico brasileño.....	371
7.2.2 Sistema vigente en España.....	375
7.3 Responsabilidad civil de los abogados nombrados como asistentes.....	377
<b>CAPÍTULO VIII.- RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA SOCIEDAD DE ABOGADOS.....</b>	
8.1- Análisis de la estructura de la sociedad de abogados .....	380
8.1.1 La naturaleza privada de la sociedad y su configuración .....	380
8.1.2 Elementos relativos a la naturaleza de la sociedad en el Derecho comparado.....	384
8.2 Criterios de la responsabilidad de la sociedad de abogados .....	389
8.2.1 Especie de responsabilidad aplicable.....	389
8.2.2 Creación del vínculo de consumo en Brasil.....	393

8.2.3 La cuestión del mandato conjunto.....	396
8.2.4 Incidencia de la teoría de la responsabilidad objetiva.....	399
8.2.5 Una visión comparada de los modelos de responsabilidad .....	402
<b>CAPÍTULO IX.- LIMITACIÓN Y SUPRESIÓN CONVENCIONAL O LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD</b> .....	<b>406</b>
9.1 Visión general del tema.....	406
9.2 La cláusula en la abogacía .....	410
9.2.1 Naturaleza de las cláusulas de limitación de la responsabilidad .....	410
9.2.2 La exclusión parcial y la exclusión total de la responsabilidad .....	411
9.3 Seguro de responsabilidad civil profesional.....	415
9.3.1 Función del seguro de responsabilidad civil.....	415
9.3.2 Situación del seguro profesional bajo la óptica comparada .....	416
9.4 Inserción de cláusula penal .....	430
9.5 Causas excluyentes de la responsabilidad .....	433
9.5.1 El caso fortuito y la fuerza mayor.....	433
9.5.2 El error de hecho y el error de derecho .....	437
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>440</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>448</b>

## **INTRODUCCIÓN**

La responsabilidad civil del abogado, como también la de los demás profesionales liberales no llamó demasiado la atención y tampoco despertó mucho entusiasmo hasta hace, relativamente, poco tiempo, habiendo pasado a destacarse solamente a finales del siglo XX. La idea, envuelta en mitos y dogmas, de responsabilizar civilmente al profesional liberal, sobre todo a los médicos, por los daños que eventualmente ocasionase, era un asunto casi tabú. Pero, los avances hacia el reconocimiento y comprensión de los derechos de los clientes, hicieron que empezase a desarrollarse una incipiente noción de responsabilidad de los que en el ejercicio de su profesión ocasionasen daños a otra persona. A pesar de encontrarse este panorama inicialmente planteado en el ámbito de la responsabilidad médica –los primeros afectados por acciones judiciales tendentes a exigir el deber de indemnizar–, no ha tardado

mucho el que los abogados figuren también en el polo pasivo de las demandas judiciales.

El panorama en el sentido expuesto ha sido y es el mismo en América Latina y en Europa. En el caso de España, las demandas contra los abogados que eran hasta hace poco tiempo desconocidas, pasaron de incipientes a incrementarse de forma considerable, al compás de los avances de la responsabilidad civil y, más específicamente, debido a la idea de que los profesionales liberales también deben ser responsables por los actos que practiquen con culpa, circunstancias que han determinado la incorporación del tema al acervo material de la responsabilidad civil<sup>1</sup>.

A pesar de esta nueva realidad, las líneas de la efectiva responsabilidad del abogado aún están siendo dibujadas, lo que se debe especialmente a las innumerables variantes y a las múltiples posibilidades existentes en las relaciones establecidas entre los sujetos implicados. Desde luego, no puede ser considerada idéntica la especialidad jurídica de un contrato privado celebrado libremente entre el abogado y su cliente, en comparación con la establecida entre una persona y los servicios de asistencia judicial gratuita en el

---

1 CRESPO MORA (2006, p. 45) afirma: “Aunque durante mucho tiempo las reclamaciones solicitando la responsabilidad civil de los abogados fueron prácticamente inexistentes, en la actualidad los números hablan por sí solos. En los últimos años las bases de datos jurisprudenciales se han visto invadidas por un elevado número de sentencias que valoran y sancionan la actuación de estos profesionales del Derecho. Tal proliferación de la jurisprudencia al respecto ha despertado, a su vez, el interés de la doctrina, que hasta la fecha había centrado su atención sobre la responsabilidad de otros profesionales liberales (especialmente, sobre la responsabilidad civil de los médicos y profesionales sanitarios), probablemente por la gravedad de los daños derivados de su comportamiento negligente.”

momento que esta persona busca estos servicios para la preservación de sus derechos.

La función primaria de cualquier sistema de responsabilidad civil tiene naturaleza compensatoria y de reparación, basada en la idea de proporcionar a los que sufren lesiones injustas, los medios jurídicos necesarios para obtener la reparación o la compensación<sup>2</sup>. Dicha idea prevalece tanto en el Derecho español como en el brasileño, como también, de una manera general, en todos los ordenamientos nacionales europeos.

La responsabilidad civil no debe desconocer hoy el llamado *law and economics*, que consiste en el enfoque interpretativo y de investigación jurídica que busca la mejor distribución de los recursos, por medio de la optimización de los costes de los accidentes, tratando de alcanzar la máxima eficiencia económica, confiriendo a la parte perjudicada los medios necesarios para la compensación de los daños y haciendo que el autor de los mismos no termine en una posición privilegiada en relación a la que estaba antes. La base de estos planteamientos está en el Teorema de Coase, según el cual en un conflicto entre dos sujetos, el resultado eficiente sería alcanzado con la ausencia de costes de transacción. Así, las normas sobre responsabilidad civil, deben tener como propósito esencial la reducción de dichos costes. Con eso, dos corrientes doctrinales se han formado: a) para la primera el criterio general para la imputación de la responsabilidad se encuentra en el concepto de negligencia; y b) para la segunda, existirían dos

---

<sup>2</sup> REGLERO CAMPOS, 2008, p. 64.

objetivos fundamentales, concretados en la reducción de los costes de los accidentes y en el propósito de justicia. El primer objetivo podría alcanzarse con la reducción de los tres tipos de costes: primarios, que se destinan a reducir el número de accidentes a través de las medidas de prevención; secundarios, reflejados en el coste social de la reparación y en la compensación de los daños ya producidos; y terciarios representados por los costes administrativos y de gestión.

En otras palabras, el análisis económico del Derecho, en lo que se refiere a la responsabilidad civil, encuentra un destacado papel en el ámbito de la relación entre el coste de los daños y la optimización de los costes de prevención. Un elemento de gran relevancia es el hecho de que la responsabilidad civil necesita acoger la función preventiva de carácter primario, pero también, conjuntamente, respetando la indemnización integral de los daños.

Por otro lado, para que se implemente una función preventiva, dentro de la aplicación práctica de la noción de responsabilidad civil, es necesario fijar una sanción cuya expresión económica conlleve, al mismo tiempo, la punición del ofensor y el no enriquecimiento desmotivado del ofendido. Este cuadro también puede ser valorado en la reparación de los daños morales, donde igualmente cumple una finalidad didáctica y pedagógica al intentar evitar la repetición de conductas lesivas de naturaleza similar.

Lo mismo se puede inferir de los casos de indemnización por daños materiales, pues aquí también están presentes con la misma intensidad los objetivos de suprimir la laguna económica

ocasionada por la lesión, de imputar al ofensor la responsabilidad integral por la conducta ilícita y de ofrecer a la sociedad una visión de distribución justa en la convivencia interpersonal. Es cierto que en la reparación de los daños morales la idea de punición al ofensor es mucho más explícita que en el caso de los daños patrimoniales, pero esto no invalida lo expuesto hasta ahora.

Con esto, es posible constatar la gran diversidad de tratamiento que debe existir, bajo pena de igualar a los desiguales, contrariando los más básicos preceptos de justicia. Es en este punto se destaca el trabajo del intérprete y del investigador, colaboradores esenciales en el momento de buscar soluciones capaces de armonizar lo legal y lo justo, con el objetivo de perfeccionar las relaciones interpersonales.

El presente trabajo objetiva exactamente esta tarea, que es la de identificar diferencias y caminos en el tratamiento jurídico dispensado en hipótesis concretas, considerando los matices de los vínculos entablados y su naturaleza ante el contexto jurídico dictado por los cánones legales vigentes.

El tratamiento del tema tiene como punto inicial un recorrido por los principios de la abogacía, examinando sus orígenes y el desarrollo de esta función en distintos lugares y periodos. Tras esto, se hace un estudio sobre la abogacía en el ámbito del Mercosur, que aspira ser en el futuro el escenario para una consolidación jurídica uniforme en cuanto a la reglamentación de temas comunes, estando, por supuesto, entre estos, el de la responsabilidad civil.

A continuación, se busca esbozar algunas observaciones acerca de la naturaleza de la prestación formada a partir de la relación establecida entre el abogado y su contratante. Aquí es donde se encuentra uno de los puntos centrales del estudio, pues es a partir de la naturaleza de la prestación que vincula a las partes, desde donde empieza a surgir la noción de responsabilidad civil. Dotada de un vínculo de naturaleza contractual, esta relación se somete a los principios generales que orientan los contratos, teniendo siempre en cuenta las especificidades del pacto celebrado.

Tras el examen de lo anterior, se hace necesario analizar la responsabilidad civil del abogado frente a la vigente legislación comparada. Considerando los objetivos del presente trabajo, aquí nos concentraremos especialmente en los elementos que suscitan el deber de reparar los daños ocasionados al contratante a consecuencia del ejercicio de la abogacía. En este punto es posible entender la relevancia del Código Civil, que es una amplia fuente de reglas generales, y de la normativa de consumidores, con su reglamentación específica dirigida a las relaciones de consumo, entre las cuales se encuentra, *a priori*, el vínculo entre el abogado y el contratante; todo esto, sin olvidarnos de la legislación procesal y de las directrices legales de carácter disciplinar, pues también son fuentes de gran importancia para el deslinde práctico de las cuestiones suscitadas.

Después de definir los límites normativos de la responsabilidad, en el siguiente tópico se busca analizar minuciosamente la responsabilidad del abogado propiamente dicha.

Sin embargo, antes de esto, se realiza un estudio acerca de aquellas nociones generales de la responsabilidad civil, de especial incidencia en nuestro tema. Se empieza con un esencial recorrido por las formas de responsabilidad civil – objetiva y subjetiva – y por los daños emanados de conductas que infringen normas jurídicas; y justo después, se hace un abordaje sobre algunos puntos fundamentales para el buen desarrollo del trabajo, es decir, la culpa del abogado, los límites del deber de indemnizar o reparar, la estimación y cuantificación de los daños y el nexo de causalidad.

Un capítulo destacado, por tratarse del núcleo del tema propuesto, se ha dedicado al tema de la responsabilidad del abogado ligada a la naturaleza de la respectiva relación jurídica. Aquí se ha examinado la responsabilidad contractual del abogado en su actuación judicial y extrajudicial, haciéndose especial mención a la influencia ejercida por la naturaleza de la obligación –si esta es de medio o de resultado– en la tarea de consolidar la responsabilidad civil. La prescripción de una posible pretensión en contra del abogado también ha sido estudiada, ya que esta puede llevar a la frustración de todas las demás etapas.

En el siguiente apartado, tras apreciar todas las facetas teóricas de la responsabilidad civil del abogado, se hace un análisis de las diversas situaciones que pueden presentarse en la práctica, capaces de suscitar el deber de indemnizar los perjuicios ocasionados por la actividad de abogacía. El pragmatismo de los tópicos es notorio: quiebra del sigilo profesional y del deber de asesoramiento y de información; la prescripción o decadencia en

virtud de la inercia del abogado; su desatención en cuanto a los presupuestos procesales y condiciones de la acción; la infracción a los deberes éticos y procesales; la inobservancia de los plazos; la inexistencia o falta de pruebas; la no comparecencia en los juzgados para las audiencias; la renuncia del derecho sin que lo consienta el cliente, la no interposición de recursos; el extravío de los autos; y el no repase de los valores recibidos al cliente.

Tras esto, analizamos los aspectos relacionados con la responsabilidad del abogado que actúa en el sistema de asistencia judicial gratuita, tanto en la asistencia prestada por instituciones de enseñanza (caso de Brasil), como en la que resulta del nombramiento directo de asistentes por el juez y también en la tarea realizada por los defensores públicos oficiales ofrecidos por el Estado a la población de baja renta. Se examina también todo el amplio panorama que engloba la naturaleza de la asistencia judicial gratuita, buscándose, con esto, mejor aclarar las cuestiones pendientes.

La responsabilidad civil de la sociedad de abogados también ha sido objeto de análisis, pues es patente la diferencia existente entre el tratamiento normativo de la responsabilidad civil del profesional liberal y de la responsabilidad de la persona jurídica formada por un grupo de abogados que buscan en grupo o asociados alcanzar objetivos comunes en la actividad de abogacía. Existen divergencias en la exegesis de los aspectos basilares que comprenden esa relación. Cabe citar, por ejemplo, el Código de Defensa del Consumidor brasileño que, al referirse al *onus*

*probandi*, indica que la carga de la prueba no puede ser invertida de manera que recaiga sobre el profesional liberal, sin embargo, esa inversión parece ser posible cuando quien presta los servicios de abogacía es una persona jurídica y no un trabajador autónomo *stricto sensu*.

Otra fuente inagotable de discusión es la que trata de la limitación y supresión convencional o legal de la responsabilidad civil, teniendo en consideración la ley de consumo antes citada en la relación abogado-cliente. En este punto, los temas analizados comprenden, entre otros, la cláusula que establece las fronteras entre el deber de reparar los daños, el seguro de responsabilidad profesional como elemento mitigador de la obligación directa de indemnizar o reparar, la inserción de la cláusula penal en el contrato y las influencias de las excluyentes legales de la responsabilidad civil.

En la parte final del trabajo, se pretende hacer un estudio comparado de los elementos básicos de la responsabilidad civil, dirigido especialmente a las perspectivas francesa, italiana y española sobre este tema. Aunque en todos estos países se predomina la modalidad subjetiva como elemento para la imputación de la responsabilidad, existen relevantes diferencias entre lo establecido en los códigos civiles de estos países europeos y los criterios que prevalecen en la legislación brasileña. A parte de ello, existen puntos que por suscitan matices distintos y que merecen destacarse e investigarse.

Así, este ha sido el enfoque que se pretendió adoptar a lo largo de este trabajo de investigación, el cual indudablemente posibilitó un innegable y agradable perfeccionamiento de este doctorando en la tarea de aprehensión y comprensión del tema. En el trabajo fueron utilizados los métodos tradicionales de investigación, especialmente el método comparativo, debido a la finalidad buscada por el investigador, que tenía como paradigma la legislación española y brasileña sobre el asunto, como también las distintas corrientes doctrinales y la más actual jurisprudencia sobre el tema. Cabe citar también el análisis de vasto material doctrinal, jurisprudencial y legal, de otros países, como Italia y Francia, y de algunas referencias de fuentes uruguayas, argentinas y chilenas, no existiendo, por supuesto, la pretensión de realizar un estudio comparado de estas fuentes secundarias, pues, como ya se ha explicitado, España y Brasil fueron las pautas principales de este trabajo.

Además del método comparativo, el método hermenéutico fue utilizado con especial intensidad en la búsqueda de elementos autorizados y avalados por los tribunales españoles y brasileños como paradigmas para configurar los criterios de confirmación de las hipótesis propuestas en esta tesis. Este contacto directo con dichas fuentes permitió un mejor estudio de la bibliografía y una amplia colecta de datos, posibilitando un examen más profundo de todo el tema. Es sabido que la eficiencia de la investigación depende del grado de precisión de los objetivos previamente definidos.

La metodología utilizada abarca la investigación de los problemas considerados como de fondo, por medio de la confrontación de la realidad jurídica de los sistemas señalados en este trabajo. Se busca, con esto, hacer un diagnóstico del real problema, para, posteriormente, presentar propuestas consideradas capaces de solucionar adecuadamente la problemática central del debate.

Otra circunstancia importante relacionada con la metodología utilizada en el trabajo, trata del empleo de variables identificadas dentro de las teorías del análisis económico del derecho, las cuales vienen influenciando la forma con que debe establecerse la indemnización por los perjuicios ocasionados, como también la consiguiente responsabilidad de los que ocasionaron la lesión. Los criterios jurídicos que sostienen la estructura de la responsabilidad civil vienen experimentando un considerable progreso, especialmente si comparamos con sus primeros esbozos hechos en la década de los 60 del siglo pasado. Esto se puede verificar a través de la búsqueda del equilibrio –con el menor esfuerzo posible– entre la cabal necesidad de reparar los daños sufridos por el ofendido y la necesaria atención para que el ofensor no quede en mejor posición que la que originalmente ocupaba.

Siguiendo esta línea, la investigación también aplica el método analítico, a través del cual, por medio del análisis de las variables –encontradas en los sistemas comparados– se pretende alcanzar un criterio base capaz de indicar las posibles soluciones para el problema suscitado. Para esto, se ha hecho imprescindible

el recurso a los sistemas informatizados de investigación, ya que, actualmente, internet es una fuente amplia y confiable de datos sobre la jurisprudencia y la posición adoptada por los tribunales de todo el mundo en un tema determinado. El auxilio de la informática se ha revelado como un mecanismo fundamental de apoyo a la investigación.



## CAPÍTULO I.- LOS PRINCIPIOS DE LA ABOGACÍA

### **1.1 Origen de la denominación “abogado”**

La palabra abogado proviene del latín *advocatus*, resultante de la suma del término *ad*, que significa “para junto de”, con el término *verquere, vocare*, del verbo “llamar”, lo que se traduciría en ‘aquel que es llamado para auxiliar’. El vocablo *advocatus* puede también ser comprendido como *patronus causarum*, o *causidicus*, aquí ya con el sentido de *defensor*. Por otro lado, la palabra *advocatio*, surgida posteriormente, designa a aquel que postula, profesionalmente, ante una autoridad jurisdiccional<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> MIRANDA SUÁREZ, sobre el tema, afirma: “La palabra abogado proviene de la voz ‘*advocatus*’, termino en que derivó la expresión ‘*ad auxilium vocatus*’, esto es, el llamado para auxiliar”. Teniendo por base el art. 520 del Código Orgánico de los Tribunales chilenos, el autor afirma que los abogados son personas con la necesaria facultad para defender ante los tribunales de justicia los derechos de las partes en conflicto. Acrecentando en la secuencia, por reconocer que se trata de una definición propia del abogado forense, un concepto que abarca más ampliamente esta función profesional: “Es la persona que, teniendo el título y la habilitación correspondiente, hace profesión permanente de defender ante los tribunales de justicia el derecho de las personas naturales y jurídicas y de absolver las consultas y realizar las gestiones de orden legal que le fueren encomendadas”.

## **1.2 Surgimiento de la abogacía**

Algunos hechos indican que el abogado se originó de la figura del *defensor*, que era alguien incumbido de amparar la parte litigante en disputas o embates de naturaleza judicial, religiosa o monárquica. La idea de constituir defensores es muy antigua, no siendo posible especificar el exacto momento en que empezó este tipo de actuación profesional del individuo, el cual no estaba directamente involucrado en el conflicto. Por otro lado, es cierto que la actividad de los defensores rememora los principios de la convivencia social, caracterizada como una forma de protección de los más débiles y de resguardo del equilibrio y de la paz social.

La ley biológica de conservación de las especies y el espíritu de solidaridad humana fueron los responsables de la aparición de la figura del abogado. La función de abogado es mucho más antigua que su propio nombre, siendo ejercida originariamente entre los hebreos por los “*defensores caridativos*”. Otros pueblos, como los caldeos y los fenicios, buscaban entre los sabios y los oradores los que tenían la capacidad de actuar en la defensa de intereses ajenos.<sup>4</sup>

El *Digesto* mencionaba que el papel del abogado era exponer ante el juez competente sus deseos o las demandas de alguien, o también, combatir la pretensión de otro. Así, postular significaba presentar una reclamación propia o de un tercero ante la autoridad

---

<sup>4</sup> PADILLA, 1962, p. 22.

jurisdiccional, o cuestionar la pretensión de otra persona<sup>5</sup>. Los abogados, dentro de este contexto, eran los individuos dedicados a estudiar las leyes y a postular su aplicación en las causas judiciales.

### 1.2.1 Grecia y Roma

La Grecia antigua, y especialmente Atenas, son consideradas la cuna de la abogacía. A los oradores consagrados se atribuía la misión de defender los intereses ajenos. El proceso tenía la forma oral y era regido por los *arcontes*, que eran los jueces de instrucción de este período. Las partes debían comparecer personalmente al *Areópago* y ante a otros tribunales, debiendo defender los respectivos derechos.

Los casos que envolvían el interés colectivo tenían como patrono un orador elegido por el pueblo, mientras los casos privados debían ser inicialmente defendidos por los propios sujetos titulares del derecho, aunque después estos pasasen a ser representados por los oradores<sup>6</sup>.

En virtud de su gran prestigio, los oradores eran también invocados para la discusión de cuestiones políticas y otras de naturaleza pública ante los tribunales. Debido a su gran importancia, también era común veros nombrados para ejercer

---

<sup>5</sup> PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILO, 2000, p. 20.

<sup>6</sup> GUIMARÃES DE SOUZA, 1935, p. 17-19.

importantes cargos públicos. La actividad de abogacía practicada profesionalmente, surgió concomitantemente al considerable aumento de las demandas judiciales, lo que hizo con que los oradores griegos pasasen a cobrar por sus servicios<sup>7</sup>. Ha sido Sólon quien creó las primeras normas para disciplinar el ejercicio de la abogacía<sup>8</sup>.

En la Roma antigua, en su período monárquico, la actuación de los abogados era inexistente, pues en esta época el derecho se mezclaba con la religión y con el misticismo. El rey era al mismo tiempo juez y sacerdote, siendo común utilizar los preceptos religiosos para solucionar temas jurídicos<sup>9</sup>.

En el principio de la República romana (alrededor del año 509 a.C.), la actividad de abogacía mínimamente organizada para la defensa de los intereses de los ciudadanos no existía, especialmente debido a la ausencia de leyes civiles. Los procesos eran conducidos conforme la deliberación de los cónsules y de los patronos, considerados los responsables de la jurisdicción. Su actuación estaba fundada en las antiguas ordenanzas reales y en las costumbres presentes en los libros sagrados, cuyo contenido era accesible solamente a los patricios. En caso de disputas entre estos y los plebeyos, la decisión final era siempre favorable a los

---

<sup>7</sup> PADILLA, 1962, p. 22.

<sup>8</sup> GUIMARÃES DE SOUZA (1935, p. 18) afirma que estas reglas exigían que el abogado fuera 'libre', ya que la ley prohibía a los esclavos de defender a un ciudadano. También consideraba indignos de ejercer la profesión a los que rehusaban la defensa de la patria o el ejercicio de cualquier función pública, a los que practicaban el comercio escandaloso o contrario al pudor, y a los que notoriamente tenían costumbres deshonestas o habían sido vistos en sitios de libertinaje.

<sup>9</sup> MADEIRA, 1996, p. 18.

patricios, no existiendo ningún tipo de motivación de las decisiones tomadas<sup>10</sup>.

Casi medio siglo después, con el surgimiento de las primeras codificaciones (entre estas la Ley de las Doce Tablas y la *Lex Valeria*), empezó a surgir un aparato judicial, que estando marcado por el formalismo, mitigó la influencia de los cónsules y patronos y permitió el surgimiento de la figura del *advocatus*. Los procedimientos previstos en las normas tenían como presupuesto de validez la estricta observancia de la forma allí prescrita y de la necesaria intervención personal de las partes. No existía entonces, la figura del técnico en sentido estricto, de forma que podían actuar dentro de este contexto aquellas personas que presentasen notoria sabiduría jurídica<sup>11</sup>.

Originariamente, solamente los ‘ciudadanos’ tenían derecho a la tutela jurídica. Durante la primera fase del proceso civil romano – la de las *legis actiones* – quien comparecía ante los tribunales eran los propios titulares del derecho, a quienes era conferida la capacidad procesal, de manera que nadie podía actuar en nombre de otra persona. Cabe destacar que los latinos y los extranjeros no tenían capacidad procesal, siendo, por este motivo, siempre representados por los patronos, que eran los que tenían la obligación de defender sus clientes ante los tribunales<sup>12</sup>.

El *Digesto* prohibía la actuación en nombre ajeno (*D. 50.17.123, Ulpiano, libro XIV ad edictum: Nemo alieno nomine lege*

---

<sup>10</sup> GRELLET-DUMAZEAU, 1858, p. 50.

<sup>11</sup> PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILO, 2000, p. 24.

<sup>12</sup> HORTA TAVARES, 2002, p. 20.

*agere potest*). Dentro de este concepto existía, sin embargo, una variante, pues también era considerada una forma de actuación directa la iniciativa personal del *pater familias*, quien, no obstante, estaba ejercitando nada más que la legítima representación de los demás miembros de su familia ante los tribunales<sup>13</sup>. Ya los ciudadanos considerados inferiores, sí que recibían asistencia procesal, la cual competía especialmente a los tribunos.

Cabe resaltar también que, también cuando ocurría la postulación directa, era facultado a la parte que esta estuviera acompañada de un perito (*orator*), que era quien se hacía responsable por la orientación del interesado en cuanto a la forma de los actos<sup>14</sup>. Esto ocurría porque los defectos formales ocasionaban la completa insubsistencia de toda la demanda. De otro lado, caso las partes necesitasen, era permitido buscar orientación jurídica con los *advocatus*, cuyo trabajo, sin embargo, no era considerado obligatorio dentro del proceso, pues solamente eran consideradas válidas las alegaciones realizadas por el propio interesado ante el juez<sup>15</sup>.

Así, las partes no podían ser representadas judicialmente por terceros, excepto en los casos en que se estuviera debatiendo cuestiones relacionadas a la libertad de las personas, en que hubiera algún interés público o colectivo en la demanda, en los casos de protección de los derechos de los menores sujetos a la tutela, o en los casos de hurto de algún bien de persona declarada

---

<sup>13</sup> MAYR, 1941, p. 94.

<sup>14</sup> MACKENZIE, 1876, p. 32.

<sup>15</sup> MACKENZIE, 1876, p. 32.

ausente<sup>16</sup>. La *lex Valeria*, por otro lado, permitía a los reos, que tenían el riesgo de ser condenados a la pena de muerte, constituir defensores y reconocía también la posibilidad de que estos reos fuesen juzgados por un tribunal popular<sup>17</sup>.

Aún durante la República, alrededor del año 149 a.C., fue creado el 'proceso formular', caracterizado por un menor grado de ritualismo y oralidad, y por la predominancia del registro escrito de los procedimientos. Con esto, los jurisconsultos adquirieron más relevancia. Su misión, que tenía como base el estudio del derecho, consistía en formular pareceres – que se denominaban *responsa* – los cuales tenían el carácter de fuente del derecho. Ellos también eran responsables por defender los intereses de las partes en sus demandas.

Durante el Imperio romano existieron también, ejerciendo la función de representación procesal, las figuras del *cognitor* y del *procurator*, distintas de la del *advocatus*. Este último disponía de un mandato procesal directo, que hacía con que todas las consecuencias de su actividad fuesen soportadas por el contratante<sup>18</sup>. Por otro lado, la actuación del *cognitor* y del

---

<sup>16</sup> MEIRA, 1977, p. 48.

<sup>17</sup> MACIEL FRANÇA MADEIRA, 1996, p. 22.

<sup>18</sup> HORTA TAVARES (2002, p. 50) afirma: El *cognitor* era el representante procesal nombrado por medio de palabras solemnes (*certis verbis*) ante la parte contraria. El nombramiento podía darse de forma previa, extrajudicial y especialmente para la *litis contestatio* o *in iure* en el momento de la *litis contestatio* (o mismo antes de esta), para la tramitación *in iudicio* en la gestión del proceso. Este nombramiento no se subordinaba a ningún término o condición y no necesitaba de la presencia física del *cognitor*. El *procurator* era un tipo de administrador general del patrimonio del interesado, una especie de gestor de negocios, siendo casi siempre un 'liberto' suyo, vinculado a su señor por fuertes vínculos de confianza. La doctrina no es unánime en cuanto a la real exigencia de mandato, pero esto se puede inferir de la lectura de las *Institutas* (Gaio, 4.84).

*procurator* se daba de manera híbrida, ya que al mismo tiempo en que representaban a las partes, tomaban para si todos los riegos de la acción, pues soportaban directa y personalmente todos los efectos del fallo en el mismo grado en que estos favorecían o perjudicaban a los titulares originarios de la legitimidad procesal<sup>19</sup>.

Los primeros *advocatus* no eran considerados jurisconsultos, hecho que se alteró con el pasar del tiempo. Estos fueron haciéndose eximios oradores y profundos conocedores del Derecho. Su actuación ante el juez se centraba en la defensa de los intereses de la parte a que representaban. Hasta el final de la República eran llamados de *patroni*, recibiendo durante el Imperio la denominación de *advocati* o *causidici*.

En los primeros siglos de Roma, la actividad del *advocatus* no era remunerada, siendo este recompensado por medio de regalos, práctica, esta, vetada por el tribuno Ciricio (204 a.C.) y posteriormente punida económicamente por el emperador Augusto. Bajo el mando del emperador Claudio, ya se admitía el pago del abogado, que, sin embargo, era limitado en su extensión<sup>20</sup>. Podían actuar como abogado las personas con más de 17 años de edad, estando vetadas todas aquellas anteriormente declaradas infames. A las mujeres era permitido actuar en defensa propia, pero no se admitía que representasen a otro<sup>21</sup>.

Durante los primeros trescientos años del período cristiano se dio la completa transición entre el patronato republicano y la

---

<sup>19</sup> MACKENZIE, 1876, p. 50.

<sup>20</sup> MAYR, 1941, p. 101.

<sup>21</sup> MACKENZIE, 1876, p. 89.

*advocatio* imperial, subsistiendo esta última como una profesión disciplinada por el Estado y por los entes corporativos. Fue en este momento que surgió la noción de la abogacía como *munus publicum*. El pasar del tiempo y la evolución natural de todos los institutos anteriormente mencionados contribuyeron significativamente al surgimiento del moderno concepto de abogado<sup>22</sup>.

En el Bajo Imperio y más precisamente en el siglo VI a.C., el emperador Justino, predecesor de Justiniano, determinó la obligatoriedad del registro de los abogados como requisito para su actuación. Para poder registrarse, era necesario haber aprobado en un examen de jurisprudencia, tener buena reputación, no tener la ‘mancha de la infamia’, obligarse a proteger a todas las personas necesitadas indicadas por el pretor, actuar sin falsedad y asumir el compromiso de jamás abandonar a la defensa. Ha sido Justino el fundador de la primera Orden de los Abogados del Imperio Romano del Oriente, dando origen a partir de ahí a la idea de una abogacía con carácter profesional.

Los abogados, según Roma, debían respetar estos cinco atributos: observación estricta y respeto religioso por las leyes, lealtad para con su cliente, postura digna, valor o audacia, y libertad personal y para expresarse<sup>23</sup>. A los abogados romanos que no aceptasen actuar en una demanda judicial considerada justa, y a

---

<sup>22</sup> GUIMARÃES DE SOUZA (1935, p. 20) afirma que durante el Bajo Imperio dejó de existir la distinción entre los *oratores* y los *advocati*. Todas las personas que se dedicaban a esta profesión recibieron el título de *advocatus*, los cuales formaron un colegio, al cual Justiniano confirió la denominación de Orden.

<sup>23</sup> ALVES TADEU, 1999, p. 57.

todos los que actuasen de manera desleal con sus clientes, aplazasen en demasía la solución de la demanda, o exigiesen honorarios exacerbados, se podría aplicar las penas de multa, suspensión, expulsión, entre otras.

No resta duda de que fue en Roma que la figura del abogado empezó a ser conocida de forma más clara y precisa. Esto es fruto de una larga evolución, empezada con los *patronos* y también con los senadores, hombres que tenían un notable saber jurídico y que tenían la función de orientar y representar en algunas situaciones los denominados 'clientes', que eran habitantes de Roma que no tenían la ciudadanía romana o eran personas que procedían de otras regiones. En el período republicano, los patronos pasaron a denominarse *jurisconsultos*, siempre manteniendo el gran prestigio y respeto, y tenían la incumbencia de proteger los clientes contra los falsos abogados. Con el pasar del tiempo, los avances en el conocimiento de las actividades jurídicas y la necesidad de especialización de la representación judicial, terminaron confiriendo a la figura del abogado su estructura definitiva.

### **1.2.2 Edad Media y Renacimiento**

Tras la caída del Imperio Romano del occidente y con la disminución de la influencia de los bárbaros, las armas se sobrepusieron al Derecho, afectando significativamente a la abogacía. En este momento pasaron a prevalecer las *ordalías*,

también conocidas como *juicio de los Dioses*<sup>24</sup>, y también las penas tarifadas, cuya aplicación prescindía de la intervención del abogado. Estos hechos hicieron con que este fuera perdiendo relevancia de una forma considerable, y sus funciones quedaron limitadas a la protección del acervo patrimonial de la Iglesia o a la actuación como tutores o curadores<sup>25</sup>.

En este periodo, el proceso germánico, que era mucho menos desarrollado y bastante distinto, pasó a tener mucha influencia en Roma. Concomitantemente a esto, la Iglesia empezó a organizar su propio mecanismo procesal, que tenía como base el Derecho romano, pero llevaba en consideración todas las peculiaridades inherentes a la nueva situación jurídica puesta<sup>26</sup>. Fue dentro de este panorama en el que más tarde surgió la Inquisición, con el objetivo esencial de reprimir a las demás creencias y tradiciones por medio de la persecución de todos a los que consideraba herejes.

Este sistema se consolidó por medio de Frederico II, a través de normas creadas alrededor del año 1232. El Papa Gregorio IX, buscando frenar el deseo de más poder del Emperador, eligió a los denominados inquisidores papales<sup>27</sup>.

En el proceso inquisitorial el abogado estaba sujeto a severas penalidades siempre que retrasase su trámite, pues en este tipo de proceso había poca preocupación con la defensa, y si, solamente, con una rápida reprimenda del acusado. El poder de la Iglesia

---

<sup>24</sup> CRUZ e TUCCI, 2001, p. 37.

<sup>25</sup> GUIMARÃES DE SOUZA, 1935, p. 20-21.

<sup>26</sup> MAYR, 1941, p. 112.

<sup>27</sup> MACKENZIE, 1876, p. 53.

predominaba en este periodo, y esta, además de actuar como conciliadora en algunos procesos, desempeñaba la actividad jurisdiccional juzgando las cuestiones con base en el Derecho canónico<sup>28</sup>.

En el siglo XIII, el resurgimiento de la abogacía fue incentivado por el rey francés San Luis, el cual volvió a establecer algunos elementos para la actuación de los abogados, como, por ejemplo, la necesidad de aprobar en un examen de jurisprudencia. Entre otras cosas, también prohibió la realización de la transacción durante el proceso, prohibió la presentación de demandas desleales y determinó que la abogacía también se destinara a defender los intereses de las viudas, de los huérfanos y de los indigentes.

En este momento, en España, era considerado abogado el sujeto que presentaba las causas ante el juicio, fueran estas ajenas o propias o quien era encargado de contestar las causas presentadas en contra de los intereses de la persona a quien representaba<sup>29</sup>. No existía todavía una estructura más avanzada y la actividad quedaba restringida a los pocos que tenían prestigio para ejercerla.

Con la llegada del Renacimiento, los abogados volvieron a ser reconocidos como personajes esenciales para la administración de la justicia, circunstancia que hizo que estos se vieran obligados a organizar mejor su categoría profesional. El rey Philippe de Valois creó el *cuadro de abogados*, cuya reglamentación se dio con la

---

<sup>28</sup> ALVES TADEU, 1999, p. 77.

<sup>29</sup> PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILO, p. 25.

ordenanza francesa publicada en 13 de febrero de 1327 y con el reglamento del año 1345. En estas disposiciones, entre otras cosas, se estipuló la necesidad de un periodo de prácticas, como requisito previo para poder prestar juramento e inscribirse en el cuadro de abogados.<sup>30</sup>

### **1.2.3 Edad Moderna y Edad Contemporánea**

La Edad Moderna es técnicamente un periodo específico de la historia occidental que sirvió de transición entre la estructura medieval y la estructura social contemporánea. La Edad Moderna se inició en el año de 1453, con la caída de Constantinopla en manos de los turcos otomanos y su término coincidió con la Revolución Francesa, en 1789, fecha en que tuvo inicio la Edad Contemporánea.

Durante la Edad Moderna, la abogacía tuvo un momento oportuno para poder evolucionar. En este período se fundaron las denominadas *congregaciones pías*, como también las cofradías de abogados, reemplazadas posteriormente, en el siglo XVIII por los Colegios profesionales en sentido estricto, cuyo crecimiento y perfeccionamiento ha sido considerable, especialmente en el siglo XIX. Esta evolución culminó con el surgimiento de algunas instituciones, como los montepíos y las sociedades de ayuda mutua, alcanzando a la más reciente noción de mutualidad<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> GUIMARÃES DE SOUZA, 1935, p.22.

<sup>31</sup> MAYR, 1941, P. 102.

En España, el origen de la verdadera abogacía, en su sentido auténtico, es relativamente reciente, porque hasta el período de dominio de los visigodos no existió una organización y un reconocimiento formal de la profesión, existían en los tribunales algunas personas que ofrecían sus trabajos para representar a los litigantes, lo que no configuraba exactamente una abogacía en sentido estricto, ya que estos funcionaban más bien como una especie de apoderados.

Ha sido en el antiguo foro de Castilla donde por primera vez se tuvo noticia de la existencia y de la aceptación de la abogacía en tierras españolas. Esta, sin embargo, era totalmente incipiente y no contaba con ningún tipo de organización profesional. En este período los abogados eran denominados *voceros*, y así también lo fueron en los reinos de Castilla y de Aragón. Hasta el reinado de Alfonso X 'El Sabio', no se sabía sobre la actuación de abogados o *voceros* en los foros. Éstos únicamente encontraron un ambiente realmente propicio para el ejercicio de la profesión bajo la égida de los monarcas católicos. En el Título IX del Libro I del Foro Real resurgió la reglamentación de las actividades del *vocero*, con una rigurosa lista de exigencias para el ejercicio de la profesión. Fue Alfonso X quien confirió a la abogacía el status de oficio público.

Solamente en el reinado de los Reyes Católicos, por medio de las Ordenanzas de los Abogados de 1495, la abogacía pasó a organizarse con más propiedad<sup>32</sup>. El órgano responsable por la administración de la justicia encomendó a un jurista de gran

---

<sup>32</sup> BERLIN VALENZUELA, 2007, p. 6.

prestigio, Alonso Díaz de Montalvo, la catalogación de todo el Derecho castellano, lo que culminó en las Ordenanzas Reales de Castilla – también conocidas como Ordenamiento de Montalvo – publicadas en 1484<sup>33</sup>. Como requisito para el ejercicio de la abogacía pasó a exigirse la aprobación en un examen aplicado ante los oidores de la Audiencia y la posterior inscripción en un registro especial de abogados. En 1567, Felipe II promulgó un texto normativo conocido como la Nueva Recopilación, el cual formalmente se denominó Recopilación de las Leyes de estos Reinos. Uno de sus títulos se dedicó esencialmente al abogado, el cual por primera vez recibió dicha designación. A partir de ahí, la abogacía recibió un considerable incremento en su organización.

Los colegios profesionales de abogados se han consolidado por medio de las congregaciones creadas en el principio de la Edad Moderna. En España, ya en el año de 1617, existía, para todo aquel que deseara ejercer la abogacía, la imposición de vincularse al Colegio de Abogados de Madrid. En Inglaterra, esta obligación, de afiliarse a organismos de abogados como condición para ejercer la profesión, ya existía más de tres siglos antes<sup>34</sup>.

En el reinado del portugués D. Alfonso III, se facultaba a las partes indicar “razonadores” para auxiliar en las disputas judiciales. Ya en las Ordenaciones Alfonsinas, la abogacía pasa a tener un gran incremento en su organización, pasando a ser obligatoria la aprobación del interesado en un test de conocimientos. En las

---

<sup>33</sup> ALVAREZ, 2006, p. 3.

<sup>34</sup> HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, 2005, P. 8.

Ordenaciones Manuelinas, la edad mínima para poder ejercer la abogacía pasó a ser de veinte y cinco años, siendo necesaria la obtención previa de una licencia real.

En las Ordenaciones Filipinas pasó a exigirse ocho años de estudios y dos años de prácticas para poder ejercer la abogacía. Algunas ventajas pasaron a aplicarse a los abogados, como por ejemplo, exenciones fiscales, fuero privilegiado, posibilidad de ingreso en la magistratura, etc..

En todas las Ordenaciones se ha abordado el tema de la responsabilidad civil de los abogados. Estos tenían la obligación de actuar con respeto a la ley, con probidad y celo, y eran obligados a asumir todos los perjuicios ocasionados cuando estuviesen siendo sustituidos en la demanda. Las sanciones aplicadas a los abogados variaban desde la responsabilidad patrimonial hasta el castigo físico, y la culpa y el dolo eran requisitos esenciales para que hubiera responsabilidad.

Una de las características más relevantes de los abogados en la Edad Moderna era su capacidad de adaptarse al contexto social y, especialmente, a las circunstancias de naturaleza política. De modo general, la abogacía servía tanto para mantener el *status quo*, como para comandar las revoluciones, variando conforme las circunstancias consideradas verídicas en cada momento histórico<sup>35</sup>.

Ya en la Edad Contemporánea, el concepto de abogado, antes explicitado en las Partidas, fue transportado a la Novísima Recopilación promulgada por Carlos IV, la cual dedicó treinta leyes

---

<sup>35</sup> ALVES TADEU, 1999, P. 87.

a la reglamentación del ejercicio de la abogacía. Una de las innovaciones más importantes, para los que deseaban hacerse abogados, se refería a la necesidad de realizar estudios universitarios previos con vistas a la obtención del título de licenciado.

En Francia, en los Estados Generales de 1789, y más específicamente en el Tercer Estado, casi la mitad de sus representantes eran abogados. No obstante a este hecho, tanto la abogacía, como las demás estructuras del antiguo régimen, fueron condenadas por representar un peligro para la organización del Estado. Con la Revolución Francesa se extinguió la Orden de los Abogados de Francia, pero restó probado, con el pasar del tiempo, que ningún Estado moderno puede funcionar adecuadamente sin que existan abogados<sup>36</sup>. Napoleón tampoco simpatizaba con los abogados, pero terminó reconociendo su necesidad, en el día 10 de diciembre de 1810, con edición de la ley que restableció la Orden de los Abogados de Francia. En aquella oportunidad mencionó que este era uno de los medios más seguros que se disponía para mantener la probidad en las relaciones sociales, especialmente en la defensa de los débiles y oprimidos.

En los Estados Unidos de América los abogados también empezaron a organizarse en colegios. En el año de 1921 la afiliación era obligatoria en apenas un Estado. Esta cifra subió para veinte seis Estados ya en el año 1953, y actualmente existen treinta

---

<sup>36</sup> MADRAZO, 1989, p. 7

y cuatro Estados con afiliación compulsoria y, a lo que parece, este es un número irreversible.

Una fuerte resistencia a la abogacía se dio por parte del comunismo utópico y del comunismo de guerra, pues para estos la abogacía configuraba una parte altamente nociva de la superestructura establecida por las clases dominantes. Anhelaban, por este motivo, su desaparición, con el objetivo de alterar radicalmente el mecanismo colectivo de las relaciones interpersonales. Sin embargo, en una segunda fase, el comunismo terminó aceptando la necesidad de preservación de la abogacía, aunque esta siguió siendo considerada como un fortín de resistencia de la clase burguesa. En el tercer período del comunismo, ya no se cuestionaba más la relevancia de los abogados como elementos de humanización de las relaciones, y estos pasaron incluso a ser considerados aliados en la conservación de los ideales socialistas<sup>37</sup>.

Dentro de la configuración de la noción de Estado de Derecho, surgieron algunas instituciones jurídicas extremadamente importantes. Las dos grandes guerras mundiales influenciaron de forma significativa el rumbo de los pueblos del mundo, surgiendo la imperiosa necesidad de que el derecho fuera utilizado como un mecanismo de regulación entre los países. En este contexto, la abogacía reforzó su importancia, pues permitió el acceso de los

---

<sup>37</sup> MADRAZO, 1989, p. 8.

individuos, e incluso de las naciones, a los foros competentes para solucionar todo tipo de controversias establecidas.

## **CAPÍTULO II.- LA PROFESIÓN DE ABOGADO COMO UNA FUNCIÓN Y COMO UN CONTRATO**

### ***2.1 El abogado como colaborador en la administración de la justicia y su habilitación técnica***

El abogado es el licenciado en Derecho o en ciencias sociales que, teniendo habilitación regular y estando inscrito en la respectiva entidad colegial o de clase, se dedica a representar los intereses de terceros cuyos derechos busca proteger o, también el que actúa en causa propia<sup>38</sup>. Por vía de regla, el abogado se encaja en el concepto de profesional liberal, que tiene como característica la autonomía de actuación, es decir, la ausencia de subordinación o dependencia en sus relaciones jurídicas. Por otro lado, esa característica es suavizada por el hecho de que la abogacía es ejercida en un régimen de trabajo subordinado, es decir, por un tipo de vínculo laboral con el cliente<sup>39</sup>.

La abogacía es considerada una profesión libre e independiente, marcada en su esencia por la ejecución de servicios

---

<sup>38</sup> AZEVEDO SODRÉ (1975, p. 268) afirma que solamente el abogado, con su cultura, con su técnica jurídica, puede extraer de las circunstancias que rodean el caso, lo que realmente interesa al juicio, prestando la defensa con más seguridad. Él transforma los hechos en lógica y el juez transforma la lógica en justicia.

<sup>39</sup> SALVADOR, 2001, p. 04.

en favor de la sociedad. Busca la preservación del interés colectivo, mismo cuando se defienden elementos de cuño individual. Es ejercida bajo el régimen de la libre competencia, lo que obliga a los profesionales a mantener entre sí, y principalmente en su relación con los clientes, un comportamiento leal y recto.

Es de competencia del abogado la aplicación de la ciencia y de la técnica jurídica, buscando siempre la pacificación del convivio social y la efectividad de los derechos y libertades fundamentales, respetando estrictamente la legalidad. Se impone al letrado una actuación diligente, el cual debe adoptar siempre todas las medidas necesarias para obtener la mejor solución posible<sup>40</sup>.

La misión del abogado es esencial en toda sociedad fundada en el respeto a la justicia. Su misión no está limitada a la ejecución rigurosa, estratificada en la ley, del contrato celebrado con el cliente. Ella excede ese aspecto, pues en los Estados Democráticos de Derecho el abogado busca servir a los intereses de la justicia, debiendo siempre cumplir e intentar hacer con que sean cumplidos los cánones de libertad que orientan la vida democrática. Esto se hace a través del respeto a los derechos y a las garantías previstas en el ordenamiento jurídico, sin lo que no se distribuye adecuadamente lo justo. En este sentido, el abogado necesitará por cierto, muchas veces, dejar en un segundo plano sus propios

---

<sup>40</sup> ROSSI (2007, p. 78), al tratar del moderno alcance de la importancia de este profesional, afirma que, actualmente, el abogado no está más restringido a la función de profesional liberal o autónomo, pues, en virtud de los grandes problemas de nuestro tiempo, esta profesión viene, a cada día, adaptándose a las transformaciones socioeconómicas de nuestro siglo.

intereses, que, incluso, por fuerza de los principios de la profesión están, en términos de prioridad, en un grado inferior al de los intereses públicos y al de los intereses que corresponden al cliente.

Conforme el art. 133 de la Constitución de la República Federativa de Brasil “el abogado es indispensable a la administración de la justicia, siendo inviolable por sus actos y manifestaciones en el ejercicio de la profesión, dentro de los límites legales”. El art. 2º de la Ley nº. 8.906, de 04.07.1994 (Estatuto de la Abogacía y de la Orden de los Abogados de Brasil - OAB) establece: “El abogado es indispensable a la administración de la justicia”. El art. 2º del Código de Ética y Disciplina de la OAB preceptúa: “El abogado, indispensable a la administración de la justicia, es defensor del Estado Democrático de Derecho, de la ciudadanía, de la moralidad pública, de la justicia y de la paz social, subordinando la actividad de su *Ministerio Privado* a la elevada función pública que ejerce”.

Esa idea de relevancia de la actividad del abogado, como también de sacrificio de los intereses personales en nombre de la justicia y del cliente, está asentada en gran parte de los estatutos profesionales de los países desarrollados<sup>41</sup>. Un ejemplo de esto es el art. 30 del Estatuto General de la Abogacía Española, que dice: “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

---

<sup>41</sup> SALVO VENOSA, 2002, p. 21.

puede justificar la desviación del fin supremo de Justicia a que la Abogacía se halla vinculada."

Los sacrificios e imposiciones que recaen sobre la figura del abogado están resumidos en el juramento que estos deben prestar en Francia, según el reglamento interno de la *Ordre des Avocats à la Cour de Paris*: "*Je jure comme avocat d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité*". Abstrayéndose las diferencias en cuanto al contenido gramatical de las previsiones, estas, en gran parte de los países, no se distinguen en cuanto a su sentido, buscando siempre recordar a los abogados su compromiso superior con la colectividad y con el bien estar social.

La actividad del abogado es legalmente obligatoria e imprescindible en las lides forenses. Más que eso, este actúa, en conjunto con la Orden a que pertenece, como defensor del orden jurídico y del Estado Democrático de Derecho<sup>42</sup>. Su papel de distribuir lo justo es reconocido universalmente en todos los niveles sociales, encontrando, incluso, soporte en el medio religioso en razón de la nobleza de su misión<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> REZENDE (1939, p. 239) afirma que el abogado no es un simple postulante, no hace simplemente la defensa del individuo, y sí ejerce, en realidad, una misión más elevada, esclarece el debate y prepara la decisión. Es defensor y formador del Derecho. Los romanos le nombraban *legum magister* – maestro de la leyes, o *miles legalis* – soldado de la ley. El ejercicio de la abogacía es esencialmente útil al orden social, pues influye enérgicamente en la distribución de la justicia.

<sup>43</sup> AZEVEDO SODRÉ (1975, p. 279) transcribe las palabras del Papa Pablo VI acerca de la materia: "*El abogado asiste, aconseja, defiende. Pero para poder hacerlo necesita conocer. Y en esto se manifiesta el otro aspecto de su personalidad, es decir, el abogado es un hombre que busca la verdad. Verdad de los hechos, para apoyar su defensa sobre un terreno firme; verdad de las leyes, que su conciencia profesional le presenta como un deber el poseerlas a la perfección; verdad de las almas, sobre todo, de quienes él recibe con frecuencia los más íntimos secretos. No*

Aunque parezca innecesario, es importante mencionar que el ejercicio de la abogacía solamente es admitido a los abogados. Los licenciados en Derecho, no inscritos en el respectivo órgano, no son considerados abogados, pese a tener idéntica formación técnica. El ejercicio de la abogacía, por lo tanto, presupone la respectiva inscripción del licenciado como condición para tornarse abogado. Para esto, en la mayoría de los países es necesaria la previa realización de unos cursos y la superación de un examen de conocimientos, elaborado y aplicado por la respectiva entidad de clase.

La naturaleza jurídica de la actividad del abogado es privada, lo que se confirma con lo ya transcrito art. 2º del Estatuto de la Abogacía. No obstante, esta actividad está sometida al interés público, lo que hace con que exista una función social consubstanciada en la contribución dada para la solución de los conflictos e implementación de la paz social<sup>44</sup>. Conforme señala José Aguiar Dias, el ejercicio de la abogacía tiene efectivamente índole privada contractual, pero es marcado por el carácter del *munus público*<sup>45</sup>. Actualmente es innegable el carácter predominantemente contractual de la relación entre el abogado y su cliente. Cabe ahora analizar cuál es el tipo de contrato que se

---

*es maravilla, pues, que ya desde la antigüedad el abogado haya sido el candidato nato a las funciones políticas o a los cargos públicos, como el más capaz de ejercerlos; era el reconocimiento espontáneo de su valor humano, de su capacidad y de su experiencia.”*

<sup>44</sup> REPRESAS, 1978, p. 33.

<sup>45</sup> AGUIAR DIAS, 1994, p. 318.

celebra entre las partes, ya que distintos modelos encontrados en la legislación civil parecen encajarse en este tipo de relación<sup>46</sup>.

Esa postura es también adoptada por otros autores en Europa, y especialmente en España. Para ellos la relación existente es de prestación de servicios, o, más específicamente, de arrendamiento de servicios<sup>47</sup>. Dicha relación genera para el abogado el deber jurídico de realizar la defensa técnica del contratante, y, en contrapartida, da origen al derecho de aquél

---

<sup>46</sup> MOREO ARIZA (2007, p. 4) revela que la misma discusión existe en Europa: “Podemos sostener que estamos ante lo que la doctrina civil denomina contratos de prestación de servicios, cuya concreta delimitación no ha merecido un extenso examen jurisprudencial porque, fuera cual fuera, tampoco quedaba afectado el régimen de responsabilidad civil en caso de incumplimiento, que ha sido, en la práctica, el único motivo que ha llevado este problema de tipificación a los Tribunales españoles. Es cierto que, desde la perspectiva de algunos autores, se hace hincapié en las normas corporativas para encuadrar el contrato dentro de la figura del mandato retribuido. Se aduce que el fundamento es la confianza como base sustancial del contrato, la posibilidad de que otorgue representación, la plena independencia para las decisiones técnicas, la posibilidad de que el profesional sea sustituido por otro, salvo expresa prohibición del cliente, la facultad de que éste revoque unilateralmente el encargo y la inexistencia de un precio fijo predeterminado. Todo ello unido a que los resultados del servicio que presta el profesional no se entregan al cliente de forma directa e inmediata, autoriza a considerar fundada la asimilación al contrato de mandato retribuido. La confusión ha podido venir porque la exclusividad de esa relación se ha venido concediendo al apoderado de los tribunales, en una mixtura de intervenciones no siempre analizada con el debido desapego, pues ningún problema habría en afirmar que el apoderado, al representar, defiende, pero el abogado, al defender, también representa, sólo que con diferente contenido, y por ello distinta responsabilidad, en ambos tipos de profesionales.”

<sup>47</sup> MONTERROSO CASADO (2007, p. 10), enseña: “La relación contractual que se concierta entre un abogado y su cliente para asumir su defensa jurídica constituye una modalidad del contrato de arrendamiento de servicios. Este negocio jurídico es definido en el artículo 1544 del Código civil como aquél en el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto, en consonancia con el artículo 44 del Estatuto de la Abogacía. En este sentido, el abogado será el arrendador, que se obliga a prestar su servicio profesional, y el cliente el arrendatario, que se obliga a pagar el precio cierto (artículo 1546 del Código Civil).”

recibir la recompensa económica ajustada<sup>48</sup>. En este mismo sentido preceptúa la jurisprudencia<sup>49</sup>.

La importancia del interés público en la actividad del abogado se verifica en el momento en que se confiere efectividad al principio de la igualdad de tratamiento a las partes en el proceso. Por este motivo, la Constitución brasileña destacó la profesión de abogado de todas las demás, al tratar de las actividades esenciales a la realización de la justicia. Además de esto, las actividades desarrolladas por los abogados públicos implican directamente la protección de la administración y del Estado, pues estos buscan defender la Hacienda Pública contra las demandas de particulares y también postulan las pretensiones de los entes federados que buscan la realización de sus necesidades.

Por fin, existe todavía un interés social en esta actividad, ya que los abogados también pueden ser designados por el propio juez para actuar en la defensa de los necesitados y de todos aquellos que abdican del derecho de defenderse en juicio. En la actividad de

---

<sup>48</sup> ACEDO PENCO (2007, p. 114), afirma: “La relación que habitualmente conecta al abogado con su cliente se basa en un contrato de arrendamiento de servicios recogido, más que regulado, en el artículo 1.544 del Código Civil, mediante el cual el profesional se obliga, a cambio de un precio cierto, a elaborar la dirección y defensa técnica en un procedimiento de carácter judicial o extrajudicial. Naturalmente, existen otras formas jurídicas donde encuadrar los servicios descritos, pero el contrato de servicios, como modernamente lo denomina la doctrina, acapara la inmensa mayoría de los supuestos.”

<sup>49</sup> En el encargo al Abogado por su cliente, es obvio que, se está en presencia por lo general y al margen de otras prestaciones, en su caso, conexas de un arrendamiento de servicios o locatio operarum, en la idea de que una persona con el título de Abogado se obliga a prestar unos determinados servicios, esto es, el desempeño de la actividad profesional a quien acude al mismo acuciado por la necesidad o problema solicitando la asistencia consistente en la correspondiente defensa judicial o extrajudicial de los intereses confiados. El Abogado, pues, comparte una obligación de medios, obligándose exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde con su *lex artis*, sin que por lo tanto garantice o se comprometa al resultado de la misma (*locatio operis*) el éxito de la pretensión (SAP de Badajoz, 16 de diciembre de 2007, n. 117/2007).

estos abogados es imposible no reconocer la existencia de un interés público.

## ***2.2 La relación contractual del abogado con el cliente***

La existencia de una gran variedad de actuaciones posibles del abogado acarrea algunas dificultades a la hora de identificar la clasificación más adecuada de la relación jurídica establecida entre el profesional y su cliente. Es cierto que, las más de las veces, lo que existe es un vínculo contractual en sentido estricto<sup>50</sup>, pero el encuadramiento exacto, dentro de este universo jurídico, dependerá de la prestación principal que vincula el abogado a su contratante.

Existen situaciones en que la relación establecida es estrictamente contractual, existiendo entre las partes un vínculo paritario, en que se discute con igualdad de condiciones las cláusulas que integrarán el contrato. En otros casos, como en los que la abogacía es patrocinada por el Estado o por instituciones de enseñanza, la relación contractual es mitigada, pero aún conserva en su esencia la base jurídica que regula la relación entre las partes. En este sentido, cabe destacar ahora las diferencias existentes entre las modalidades de contrato existentes en Brasil y en España, especialmente en lo relacionado a los posibles ajustes contractuales celebrados entre el abogado y el cliente.

---

<sup>50</sup> REGLERO CAMPOS E OUTROS, 2008, p. 826.

### **2.2.1 El contrato como arrendamiento de servicios en el Derecho español**

Según la jurisprudencia española, la relación contractual establecida para concertar la defensa de intereses particulares en la vía jurisdiccional, está inserida dentro del apartado que trata del contrato de arrendamiento de servicios, reglamentado en los arts. 1.583 a 1.587 del Código Civil español<sup>51</sup>. Cabe destacar también, por su relevancia, que el art. 1.544 de este mismo código determina que *“en el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto.”* La onerosidad resulta de la propia ley, pero puede ser transmutada a la gratuidad desde que esto sea acordado entre los interesados. Sin embargo, esta situación encuentra duras críticas entre los autores españoles<sup>52</sup>.

Por otro lado, la moderna posición de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español confirma que la relación entre el abogado y el cliente está inserida en el arrendamiento de servicios, debido, entre otros motivos, a la circunstancia de que el carácter

---

<sup>51</sup> CRESPO MORA, 2006, p. 12.

<sup>52</sup> Ídem, 2006, p. 15, afirma: “Nuestro Código Civil regula el régimen jurídico de este contrato en cinco artículos, de los cuales tan sólo el primero y el último se encuentran actualmente en vigor, puesto que el resto han sido derogados tácitamente por la Constitución y por la normativa laboral promulgada tras la entrada en vigor de la misma. Prueba del carácter desfasado y completamente inadecuado de la regulación al respecto es el título de la sección que acoge los preceptos citados – «del servicio de criados y trabajadores asalariados»–, que emplea una terminología claramente contraria a la sensibilidad jurídica de nuestra época. La insuficiencia de la regulación del vigente contrato de arrendamiento de servicios para dar respuesta a los múltiples problemas derivados de la actividad de los profesionales liberales ha llevado a un sector de la doctrina española a proponer la aplicación – bien directamente o bien por analogía – del régimen jurídico de otros tipos contractuales cercanos al arrendamiento de servicios, como es el caso, por ejemplo, del contrato de mandato.”

gratuito del contrato de mandato va en contra de la actividad de los abogados, que es por vía de regla remunerada<sup>53</sup>.

Este tipo de problema no es visualizado, por ejemplo, en Brasil o en Colombia. El art. 658 del Código Civil brasileño prevé que el mandato es gratuito siempre que no se haya estipulado una retribución, excepto si el objeto del mandato corresponder a lo que el mandatario considera como de oficio o profesión lucrativa, como es, por supuesto, el caso de los abogados. El art. 2.143 del Código Civil colombiano establece que el mandato puede ser gratuito o remunerado, resultando claro el hecho de que el contrato del respectivo profesional solo será considerado gratuito si las partes expresamente así lo definieren.

En el Derecho español, es posible afirmar, al tratar de la especie contractual pactada entre el abogado y su cliente, que no existe en el Código Civil una única norma específica, entre todas las existentes en el apartado dedicado al contrato de arrendamiento de servicios, que pueda ser aplicada a la relación entre clientes y profesionales liberales. Ni con la más extensiva interpretación sería posible aplicar las reglas del Código Civil para el arrendamiento de servicios, pues estas se destinan esencialmente a los vínculos domésticos y asalariados<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> MARTIN LOMBARDA (2005, p. 9), al tratar de la teoría del mandato en el Derecho español, afirma: “Se ha considerado que la relación jurídica entre el abogado y su cliente es la de un mandato; opinión que ha sido receptada en algunos fallos, cuando al primero le ha sido otorgado un poder para que ejerza en adelante su representación en juicio. Pero esto ha sido descartado en la actualidad, sobre todo por el hecho de que no quedan dudas de que el servicio que presta el profesional debe ser y es remunerado.”

<sup>54</sup> REGLERO CAMPOS E OUTROS, 2008, p. 824.

Con esto, existe la idea de que se trataría de una especie de contratación atípica, lo que no se daría por la carencia de un *nomen iuris*, pero si por no haber una disciplina legal específica<sup>55</sup>. Sin embargo, no podemos olvidarnos que el legislador español optó por la concepción unitaria romana de arrendamiento, en la cual están abarcadas figuras muy diversas, como el arrendamiento de cosas, el contrato de prestación de servicios y el contrato de obra. En relación a este último, esta no parece ser la mejor solución, ya que ni cuando el profesional es contratado para una tarea específica (v.g., la elaboración de un contrato), existirá una obra *stricto sensu*, existiendo claramente un servicio a ser prestado.

Por otro lado, esa supuesta atipicidad de la contratación se evidenciaría de forma más clara en los casos en que las partes contratantes, con base en el principio de la autonomía privada (art. 1.255 del Código Civil español), elaboran un instrumento en el cual definen las correspondientes relaciones jurídicas, basado en un modelo contractual ya existente, pero que origina una relación distinta de la anterior<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> YZQUIERDO TOLSADA, 1989, p. 229.

<sup>56</sup> SALVADOR (2001, p. 12) observa: “No parece que sea posible calificar de contrato atípico o innominado el que celebra un abogado con su cliente para la prestación de sus servicios profesionales, aun cuando éstos sean de la más diversa naturaleza e índole; más bien estaremos ante una relación compleja en la que tienen cabida contratos diversos si bien conservando cada uno su causa típica y, por tanto, no dando lugar a una nueva figura jurídica, a un contrato complejo o mixto, siendo aplicables las normas propias que conforman el régimen jurídico respectivo. No obstante, teniendo en cuenta el vacío legal existente en esta materia (arrendamiento de servicios), supone una exigencia mínima ineludible la tarea de la identificación de las reglas en virtud de las que se ha de regir la relación entre el abogado-prestador del servicio y su cliente, necesarias para determinar los presupuestos del cumplimiento de la prestación y, a sensu contrario, de su incumplimiento y posible responsabilidad. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la obligación de prestar un servicio profesional puede tener su origen, además de en un contrato de arrendamiento de servicios, de obra o de cualesquiera de los mencionados (mandato, agencia, etc.), en un contrato de trabajo; esto es, la prestación de servicios puede realizarse de modo dependiente y subordinado.”

No existiendo una previsión legislativa específica, la doctrina mayoritaria confirma, desde hace muchas décadas, la posibilidad de extraerse de la débil reglamentación del contrato de prestación de servicios, su aplicación a los que ejercen las denominadas profesiones liberales<sup>57</sup>. Con esto, la laguna normativa fue suplida con base en la existencia de dos clases de arrendamiento: la de asalariados, reglamentada por lo establecido en el Código Civil; y la construida paralelamente a la ley, que regula a los trabajos no manuales o no propiamente asalariados<sup>58</sup>. Es innegable que el problema de la naturaleza jurídica fue solucionado por la jurisprudencia, que clasifica como arrendamiento de servicios la relación existente entre el abogado y el cliente. Sin embargo, la cuestión que trata de la norma jurídica aplicable no fue solucionada, pues no es posible aplicar a esta relación ninguna de las reglas previstas en los artículos 1.583 a 1.587 del Código Civil español.

No obstante, además del contrato de arrendamiento de servicios, existen otros posibles de ser aplicados, conforme la finalidad buscada por los interesados y el tipo de relación existente entre el abogado y el contratante. Si el objeto del contrato no es propiamente el medio, o los medios, que el abogado pone a disposición de su cliente, pero si un resultado previamente proyectado, el vínculo existente será de arrendamiento de obra, encuadrándose en el art. 1.544 del Código Civil. Es posible citar como ejemplo de esto, la elaboración de contratos y estatutos

---

<sup>57</sup> STS, 25 de febrero de 1920, 22 de enero de 1930, 16 de febrero de 1935, 18 de enero de 1941, 22 de diciembre de 1955, 07 de junio de 1958 y 02 de junio de 1960.

<sup>58</sup> YZQUIERDO TOLSADA, 1989, p. 230.

sociales y las consultas, entre otros. En una consulta, el abogado es llamado para opinar sobre una determinada materia, evidenciándose, así, el hecho de que el cliente solicita la opinión del abogado y paga por esto, obteniendo como resultado un pronunciamiento suyo. Aquí, la relación existente sería de arrendamiento de obra<sup>59</sup>. Sin embargo, este enfoque no es el más adecuado, ya que todo aquél que es contratado para realizar un encargo de esta naturaleza está prestando un servicio, encajándose también, de esta forma, en la noción de arrendamiento de servicios.

Otra posibilidad existente, aunque de menor aplicación práctica, es la prevista en el art. 1.709 y siguientes del Código Civil español. Esta ocurre cuando el abogado se hace mandatario del cliente para una actividad específica, donde la única conducta esperada por parte del abogado es que este represente al cliente en la realización de una tarea determinada. Lo usual es que, en este caso, el mandato esté asociado al arrendamiento de servicios, el cual figura como la contratación principal en cuya sombra se desarrolla la relación secundaria, constituyendo, así, una herramienta más para el desarrollo de la tarea que se pretendió del abogado.

Cabe destacar que, independientemente del tipo contractual fijado para la prestación de servicios del abogado (si es arrendamiento o mandato), existirá siempre una presunción de onerosidad, pues, en todos los casos, las actividades concertadas tienen naturaleza profesional. La jurisprudencia española considera

---

<sup>59</sup> ALVAREZ LOPES, 2000, p. 28.

que esta rigidez en la distinción de los referidos contratos viene siendo superada, pues desde el punto de vista de la calificación jurídica solamente deben ser considerados los elementos constitutivos del contrato y estos son casi idénticos en ambos los casos<sup>60</sup>.

Por fin, se admite aún, la gestión de negocios ajenos, prevista en el artículo 1.888 y siguientes del Código Civil español, como elemento de ligamen entre el profesional y el contratante. Estos preceptos, sin embargo, por ser extremadamente peculiares, fueron muy poco estudiados por la doctrina y tampoco es común encontrarlos en la jurisprudencia. Estos difícilmente se ajustan al trabajo profesional, y son aplicados más comúnmente a relaciones particulares de otra naturaleza<sup>61</sup>.

Tanto el contrato de arrendamiento de servicios, elegido predominantemente por la doctrina y jurisprudencia españolas, como el de mandato, expresamente previsto en el ordenamiento jurídico brasileño para vincular el abogado y su cliente, tienen una clasificación jurídica similar. Las especies son: a) bilaterales, pues generan obligaciones a ambas las partes; b) onerosos, pues al mismo tiempo que originan derechos (provechos económicos incluso) generan, por otro lado, encargos; c) consensuales, pues las obligaciones surgen con la manifestación del consentimiento de las partes, y no se convierten en una obligación de carácter real ni cuando el cliente, para que pueda ser realizado el servicio, tenga

---

<sup>60</sup> SALVADOR, 2001, p. 05.

<sup>61</sup> ALVAREZ LÓPEZ, 2000, p. 29.

que entregar algo al profesional; d) libres de forma, como requisito de validez; e) conmutativos, en que las prestaciones son ciertas y conocidas desde su celebración; f) *intuitu personae*, pues son celebrados considerando las calidades personales del profesional elegido.

En la práctica, independientemente de la figura contractual aplicada, la existencia de controversias jurídicas sobre un determinado aspecto de la legislación, hace con que el abogado solamente sea responsabilizado, en el proceso en que actúa, en caso de haber realizado una conducta totalmente despropositada para aquella situación concreta<sup>62</sup>, y que conlleve manifiestos perjuicios a los intereses del otro contratante<sup>63</sup>. Si su actuación está fundamentada en una línea doctrinal o jurisprudencial relevante, no se le podrá obligar a reparar los daños eventualmente provocados, aunque ese fuera el entendimiento de una corriente minoritaria del derecho.

### **2.2.2 El contrato como mandato en el Derecho brasileño**

En el marco legislativo brasileño es necesario hacer un examen basado en diversos dispositivos legales. El art. 594 del Código Civil, que regula el contrato de prestación de servicios, establece: “Todo tipo de servicio o trabajo lícito, material o inmaterial, puede ser contratado mediante remuneración.” No

---

<sup>62</sup> SALVO VENOSA, 2002, p. 19.

<sup>63</sup> SALVO VENOSA, 2002, p. 20.

obstante, este tipo de contrato todavía no se aplica de forma totalmente clara en la relación entre un abogado y su cliente. El servicio prestado por el profesional es, sin duda, de índole inmaterial, pues es fruto de su intelecto. Este contrato demanda del prestador que desempeñe la actividad ajustada, subordinándose a las orientaciones del cliente. Esa idea de subordinación, sin embargo, es incompatible con la independencia profesional del abogado, sin la cual éste no puede actuar en la defensa de los intereses de su contratante<sup>64</sup>.

Por otro lado, se podría suscitar la posibilidad de tratarse de una contrata, la relación entre el abogado y su cliente. En esta modalidad de negocio el contratista asume la obligación de ejecutar un servicio o una obra determinada, asumiendo también los riesgos de esta actividad. Aquí, lo que importa es el resultado pretendido, y los medios para alcanzar ese resultado dicen respecto al plano de las obligaciones asumidas por el contratista. Por otro lado, la asunción de los riesgos del contrato no sería compatible con el tipo de relación establecida con el abogado, ya que los riesgos de un eventual fracaso de la actuación de este profesional serían asumidos por el cliente. Es bien verdad que es posible demandar el abogado por los perjuicios que, tanto por culpa como por dolo, ocasionar, pero esto no modifica las consecuencias que resultan de su actuación, las cuales son siempre imputadas al representado, como, por ejemplo, en los casos de improcedencia del proceso o de una condenación para reparar daños morales. En lo demás, la

---

<sup>64</sup> SALVO VENOSA, 2002, p. 22.

actividad del abogado no se encaja en el concepto de *obra*, cuyo sentido es material y no intelectual, haciendo con que sea imposible considerar que la contrata sea un tipo de negocio que pueda ser celebrado entre el abogado y su cliente.

Por fin, se hace necesario analizar la hipótesis de existencia de mandato entre las partes contratantes. El mandato y la prestación de servicios son esencialmente distintos, primeramente, porque en esta no hay ningún tipo de representación, mientras que en aquél sí. Es innegable que el mandatario representa el mandante, mientras que el prestador de servicios actúa en nombre propio, aunque siga instrucciones del tomador<sup>65</sup>.

En realidad, no es vedado que el abogado sea al mismo tiempo mandatario y prestador de servicios, pues, respectivamente, puede actuar en nombre y por cuenta del cliente (siendo mandatario), y vincularse a una cierta actividad (siendo prestador). Sin embargo, si le es encargado que solamente dé un parecer, actuará como prestador de servicios<sup>66</sup>.

Así la actividad del abogado puede ser de prestación de servicios o un mandato, variando conforme las matices del caso concreto. Cabe destacar, que al contrario de lo que pasa en el Derecho español, donde el contrato de mandato es gratuito, en Brasil este es considerado oneroso, salvo cuando la gratuidad sea pactada expresamente por los sujetos de la relación. La amplia

---

<sup>65</sup> BARROS MONTEIRO (1991, p. 248), habla de diferencias en el objeto del contrato, que en el mandato podría ser la autorización para realizar cualquier acto o negocio jurídico, y en la locación, la realización de un hecho o de determinado trabajo material o inmaterial. Habla también de la facultad que posee el mandatario de deliberar y querer, mientras que el locador está limitado a ejecutar con sus aptitudes y habilidades el acto exigido.

<sup>66</sup> Idem, 1991, p. 247-248.

gama de relaciones que puede existir entre las partes permite entrever el encuadramiento de la relación en esas dos figuras contractuales. De esta forma, la naturaleza jurídica del vínculo varía conforme el tipo de prestación y conforme las condiciones establecidas, no obstante se utilice una mezcla de los dos tipos contractuales anteriormente citados. Es posible también que los interesados se utilicen también de los principios generales de los contratos, dando origen a una figura innominada o híbrida.

Sea cual sea la finalidad pretendida con la contratación del abogado, ésta siempre tendrá un innegable carácter de confianza, pues es en la confianza que tiene en el abogado que el cliente deposita todas sus expectativas de obtener éxito en la demanda<sup>67</sup>. Así, la relación obligatoria establecida con el abogado se caracteriza por su no fungibilidad, determinada por la configuración cualitativa del objeto del *facere*, del servicio profesional, para cuya ejecución se exige el dominio de determinados conocimientos especializados.

El vínculo, de esta manera, es forjado *intuitu personae*, demandando que las actividades sean ejecutadas exclusivamente por el profesional contratado, exceptuándose las situaciones en que el propio contrato admita la subrogación, salvaguardadas las obligaciones y la responsabilidad legal del subrogante. Como se puede notar, la relación del abogado para con el cliente tiene un fuerte carácter de confianza, hecho que hace posible que el cliente, en cualquier momento, pueda revocar los poderes conferidos, como

---

<sup>67</sup> RODRIGUES, 2002, p. 48.

también posibilita que el abogado renuncie, pues la quiebra de la confianza imposibilita por completo la mantenimiento del vínculo<sup>68</sup>.

Aunque no exista ninguna disposición expresa sobre la responsabilidad civil del abogado, es posible encontrar en el ordenamiento jurídico referencias al mandato judicial y a la representación, en que se hace alusión a la responsabilidad del representante. El art. 692 del Código Civil, el único a tratar expresamente del mandato judicial en este ámbito legislativo, dispone que dicho contrato se subordina a las normas procesales respectivas y, de forma suplementar, a las normas establecidas en el propio Código Civil.

El mandato judicial, incluso teniendo naturaleza contractual, y, por lo tanto, sustantiva, presenta una extensa connotación adjetiva o procesal. Esto ocurre porque su finalidad está relacionada a la postulación que el abogado realiza ante el juicio, dentro de un proceso, en nombre del otorgante<sup>69</sup>. De esta forma, lo más lógico es que la legislación constante en el Código Civil tenga un papel suplementar, cabiendo al ordenamiento procesal (arts. 26 a 45 del Código Procesal Civil) la tarea de delimitar el alcance y adaptar las particularidades del denominado mandato judicial. Solamente en el caso de que no existan reglas procesales específicas, es que las normas del Código Civil que regulan genéricamente el mandato serán utilizadas para disciplinar su funcionamiento.

---

<sup>68</sup> SERRA RODRÍGUEZ, 1998, pág. 304.

<sup>69</sup> ZAMPROGNA MATIELLO, 2008, p. 327.

El art. 667 del Código Civil afirma que “el mandatario se obliga a aplicar toda su diligencia habitual en la ejecución del mandato, y a indemnizar cualquier perjuicio ocasionado por su culpa, o por aquél a quien subrogar, sin autorización, los poderes que debía ejercer personalmente.” Los párrafos del citado artículo tratan de la subrogación de los poderes recibidos. El art. 118 del mismo Código dispone que “el representante está obligado a demostrar a las personas, con quien trata en nombre del representado, su calificación para tal y la extensión de los poderes recibidos, bajo pena de tener que responder por todos los actos que excedieren a estos poderes.”

En suma, el mandato judicial existe cuando el abogado recibe poderes para actuar en juicio representando el mandante. Es un contrato consensual, que se torna perfecto con el simple acuerdo de voluntad entre sus celebrantes<sup>70</sup>. También es considerado bilateral, pues genera obligaciones recíprocas para ambas las partes; y oneroso, pues origina un crédito a favor del mandatario y exige que este practique actos dirigidos a satisfacer al interés del contratante. Igualmente es *intuitu personae*, es decir, debe originarse del propio mandatario, ya que es la confianza que regula la relación establecida. Su aceptación puede darse de forma expresa o tácita, no existiendo ninguna forma o solemnidad especial para que el contrato se perfeccione.

El ordenamiento jurídico brasileño permite que el abogado rehúse el mandato sin que necesite justificar los motivos de su

---

<sup>70</sup> RODRIGUES, 2002, p. 49.

decisión<sup>71</sup>. Además, el profesional puede renunciar a los poderes recibidos aún durante la ejecución del mandato, exigiéndose apenas que notifique al contratante y que permanezca representándole por 10 días más, para posibilitar al mandante realizar su sustitución y certificarse que no haya perjuicios (art. 45 del Código Procesal Civil).

Por otro lado, el art. 602 del Código Civil, que trata de la prestación de servicios, dispone lo siguiente: “El prestador de servicios contratado por tiempo cierto, o por obra determinada, no puede ausentarse, o despedirse, sin justa causa, antes de concluido el tiempo o finalizada la obra.” Esa modalidad de contrato puede aplicarse a las relaciones con abogados, dependiendo de los ajustes realizados, pues estos profesionales son, frecuentemente, prestadores de servicios de naturaleza intelectual.

En España, como vimos anteriormente, lo que predomina es la comprensión de que el contrato celebrado es de prestación de servicios y no de mandato<sup>72</sup>. En Brasil, esta otra modalidad solamente será aplicada en situaciones especiales, principalmente en los casos de actuación extrajudicial y de actuación en actividades que no exigen representación, por ejemplo, la elaboración de una minuta de contrato. Por otro lado, si el profesional actuar en calidad de representante del contratante (lo

---

<sup>71</sup> AGUIAR DIAS, 1994, p. 318.

<sup>72</sup> MARTÍ MARTÍ (2007, pág. 43) enseña: “Para el TS en el encargo de servicios al abogado por su cliente es obvio que se está en presencia de un arrendamiento de servicios o *locatio operarum*, por el que una persona con el título de abogado se obliga a prestar unos determinados servicios. Esto es, el desempeño de la actividad profesional a quien acude al mismo acuciado por la necesidad o problema, solicitando la asistencia consistente en la correspondiente defensa judicial o extrajudicial de los intereses confiados (paralelismo comparable a la definición de operación asistencial o satisfactoria que el TS había acuñado en el servicio médico).”

que sucede cuando hay un proceso judicial en curso), la relación será siempre regida por las normas del mandato.

La responsabilidad civil del abogado, por los daños ocasionados en virtud de una actuación dolosa o culposa, independientemente del *nomen iuris* del contrato celebrado, ya que el deber de indemnizar existe en todos los tipos de vínculo, siendo necesario, solamente, que se verifiquen los requisitos legales que deflagran la obligación de reparar los daños. Cabe destacar, desde luego, que la responsabilidad civil del abogado solamente se verifica en los casos en que exista culpa o dolo de su parte, pues en esto está fundamentada la esencia de la modalidad subjetiva de responsabilidad, la cual se aplica por completo a este profesional<sup>73</sup>.

En lo que se relaciona a los deberes asumidos por el profesional, e independientemente de la modalidad contractual que vincula a las partes, predomina el entendimiento de que una correcta ejecución de la actividad planeada demanda un comportamiento conforme a las exigencias de la *lex artis*, es decir, de las normas técnicas que orientan el ejercicio de la profesión<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> SERRA RODRÍGUEZ (1998, p. 305), afirma: “tratándose de obligaciones de carácter profesional, la prueba de que la prestación ejecutada por el profesional no es exacta, sino defectuosa (esto es, de que no existe un correcto cumplimiento obligacional) incumbe al acreedor. El cliente vendrá, por tanto, obligado a probar que el abogado ha ejecutado defectuosamente su prestación, ha incumplido su obligación, actuando imperita e negligentemente, lo cual le ha ocasionado un daño que, en principio, ha de ser indemnizado.”

<sup>74</sup> En cuanto a los deberes que comprenden esa obligación, habida cuenta la específica profesión del abogado, no es posible establecer de antemano un elenco cerrado de deberes u obligaciones que incumben al profesional en el desempeño de su función, por cuanto se podía, por un lado, pensar que tales deberes en una versión sintética se reducen a la ejecución de esa prestación, de tal suerte que se enderece la misma al designio o la finalidad pretendida, en el bien entendido, como abundante jurisprudencia sostiene al respecto, que esa prestación no es de resultado sino de medios, de tal suerte que el profesional se obliga efectivamente a desempeñarla bien, con esa finalidad, sin que se comprometa ni garantice el resultado correspondiente. Por tanto, podían desmenuzarse todos aquellos deberes o comportamientos que integran esa prestación o en las respectivas conductas a que pueda dar lugar o motivar el ejercicio de esa prestación medial en pos

## **2.3 Análisis de los deberes del abogado**

Independiente del tipo de relación establecida entre el cliente y el abogado, siempre existirán múltiples deberes para éste, cuyo cumplimiento constituye condición para la configuración del término del vínculo establecido. Algunas obligaciones se originan de la propia naturaleza del contrato celebrado, siendo éstas una consecuencia natural del tipo de prestación ofertada al asistido. Otros deberes, sin embargo, son una consecuencia secundaria del negocio jurídico, donde la consecución del objeto principal pactado no será alcanzada sin que el obligado ejecute plenamente esas imposiciones derivadas, las cuales, aunque no estén escritas, integran el contrato y de este no pueden desvincularse.

### **2.3.1 Deberes principales**

El deber principal del abogado es el de aplicar la *lex artis*, tanto en los casos en que haya asumido una obligación de medio, como en los casos que su obligación sea de resultado<sup>75</sup>. Esto se da por que en ambas situaciones estará obligado a emplear todo

---

a la cual, se afirma la responsabilidad; ad exemplum: informar de «pros y contras», riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costos, gravedad de la situación, probabilidad de éxito o fracaso, lealtad y honestidad en el desempeño del encargo, respeto y observancia escrupulosa en Leyes Procesales, y cómo no, aplicación al problema de los indispensables conocimientos de la Ley y del Derecho; por tanto y, ya en sede de su responsabilidad (SAP de Badajoz, 15 de mayo de 2007, n. 117/2007).

<sup>75</sup> MONTERROSO CASADO, 2007, p. 30.

empeño que se puede exigir del profesional capacitado, aunque el resultado final no sea favorable a la persona por él defendida.

Aplicar la *lex artis* significa, así, actuar como si lo hiciera en causa propia, debiendo el abogado utilizar todos los medios necesarios y disponibles para alcanzar el objetivo buscado por su cliente. La observancia de la *lex artis*, conforme la jurisprudencia española, viene, gradualmente, siendo más exigida a los abogados que a los demás profesionales liberales. Se exige de él un mayor nivel de calidad en la prestación de sus servicios, siendo común oírse que este profesional está obligado a emplear *los mejores medios* indicados por la ciencia jurídica<sup>76</sup>. Así, el abogado debe aplicar todos los esfuerzos, con la competencia y agilidad requerida en cada caso, analizando sus particularidades y circunstancias<sup>77</sup>.

Cabe destacar que los tribunales no pueden actuar como órganos de revisión de las actividades del abogado, pues, también desde el punto de vista de la estrategia adoptada, él debe ser respetado en su elección del camino que entiende ser el más eficaz para su cliente. Sin embargo, cabe al Poder Judicial, dentro de este contexto, verificar si el profesional practicó actos o incurrió en omisiones que caractericen el incumplimiento, o el cumplimiento imperfecto, de los deberes contraídos<sup>78</sup>.

El conjunto de cánones relacionados con el ejercicio de esta profesión, engloba aspectos de naturaleza legal, moral y ética, sin mencionar los elementos de naturaleza secundaria o accesorio, que

---

<sup>76</sup> STS de 25 de marzo de 1998 e STS de 14 de mayo de 1999 (RJ 3106).

<sup>77</sup> STS de 03 de octubre de 1998 (RJ 8587).

<sup>78</sup> STS de 08 de junio de 2000 (RJ 5098).

serán oportunamente abordados. El abogado tiene la *obligatio* de bien conocer su actividad profesional, lo que abarca las nociones esenciales sobre doctrina, jurisprudencia y práctica, cabiéndole actuar siempre en la búsqueda del mejor resultado para su cliente, aunque éste no sea alcanzado debido a otras circunstancias relacionadas al caso.

Como consecuencia del deber de perseguir, con todos los esfuerzos posibles, el éxito de la tarea emprendida, el abogado soporta desde el primer instante el peso de la necesidad de realizar una conducta *standard*, un actuar conforme a los patrones, asumiendo esta responsabilidad hasta que se finalice su trabajo<sup>79</sup>. Esto se relaciona con el hecho de que en las obligaciones de resultado sería necesario alcanzar el fin planeado, bajo pena de tener que responder por la falta de éxito. De otro lado, se agregan a sus deberes legales todos los que por ventura se establezcan en el contrato celebrado con el cliente<sup>80</sup>.

Si tenemos en cuenta el hecho de que el abogado, en la gran mayoría de las veces, asume solamente el deber de emplear los medios necesarios en la defensa de los intereses del cliente, y de que el resultado final positivo o negativo no interfiere en el cumplimiento del contrato por el profesional, la mejor manera de verificar si la obligación fue debidamente cumplida es por medio del análisis de la *lex artis*. Es decir, el abogado estará liberado de su deber, siempre que cumpla con los dictámenes ordinarios de la

---

<sup>79</sup> VASSILIEFF, 2006, p. 189.

<sup>80</sup> STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 8971).

profesión, los cuales funcionan como modelo para su comportamiento.

Se exige que este emplee todos los conocimientos, la cautela y el empeño necesarios para la defensa de los derechos de su cliente, lo que denota un particular deber de diligencia<sup>81</sup>. Para esto es necesaria una correcta presentación de los fundamentos del litigio, el ofrecimiento de una argumentación jurídica pertinente, una adecuada exposición de las pruebas, la obediencia a los plazos procesales, etc.

Ese conjunto de imposiciones indica el camino que debe ser seguido por el abogado, estableciendo un paradigma destinado a hacerle cumplir con atención y diligencia la misión a él confiada. Para esto, también deberá observar los cánones deontológicos y morales que envuelven el ejercicio de la profesión, los cuales se pueden inferir de los dictámenes previstos en las codificaciones disciplinarias y éticas<sup>82</sup>. Dichos instrumentos normativos forman una síntesis de las obligaciones que inciden sobre el abogado, sea en lo que se refiere a sus relaciones con el cliente, sea en la forma con que utiliza la publicidad para divulgar a su trabajo, sea en la constante necesidad de perfeccionar su técnica jurídica, y así por delante<sup>83</sup>.

En Brasil, el art. 31 de la Ley nº. 8.906/94 (estatuto del abogado) establece: “El abogado debe proceder de forma que se haga merecedor de respeto y de manera que contribuya para el

---

<sup>81</sup> STS de 04 de febrero de 1992 (RJ 1992/819)

<sup>82</sup> VASSILIEFF, 2006, P. 190.

<sup>83</sup> STS de 25 de marzo de 1998 (RJ 1998/1651).

prestigio de su categoría y de la abogacía. § 1.º - El abogado, en ejercicio de la profesión, debe mantener la independencia en cualquier circunstancia. § 2.º - El abogado no debe intimidarse en el ejercicio de la profesión por miedo de incurrir en impopularidad, o por recelo de desagradar al magistrado o a cualquier autoridad.” La orientación constante en la norma tiene fundamental conexión con la observancia de la *lex artis*, pues una actuación firme e independiente permite la adopción inequívoca de todas las providencias necesarias al resguardo de los intereses tutelados. Además, en este punto se revela el carácter social que la abogacía posee, ya que por ser un elemento relevante en la administración de la justicia, necesita hacer que prevalezca la libertad de actuación prevista en la ley (art. 2º, § 1º).

El art. 33 de esta misma ley preceptúa: “El abogado se obliga a cumplir con rigor los deberes consignados en el Código de Ética y Disciplina. Párrafo único. El Código de Ética y Disciplina reglamenta los deberes del abogado con la comunidad, con el cliente, con otros profesionales y, aún, reglamenta la publicidad, el rehúse de actuación, el deber de asistencia jurídica, el deber general de urbanidad y los respectivos procedimientos disciplinarios.” Cabe resaltar que estos deberes deben ser cumplidos independientemente de otros que puedan estar previstos en el contrato celebrado entre el abogado y el cliente, pues este contrato prevé obligaciones que pueden asociarse a las obligaciones que el

ordenamiento jurídico define como integrantes del conjunto relativo a la *lex artis*<sup>84</sup>.

El Código de Ética brasileño estipula como deberes del abogado: I. mantener, en su conducta, el honor, la nobleza y la dignidad de la profesión, resguardando su carácter de esencialidad e indispensabilidad; II. actuar sin temor, con independencia, honestidad, decoro, veracidad, lealtad, dignidad y buena fe; III. cuidar de su reputación personal y profesional; IV. buscar permanentemente su perfeccionamiento personal y profesional; V. contribuir para la mejora de las instituciones, del Derecho y de las leyes; VI. estimular la conciliación entre los litigantes, evitando, siempre que posible, la apertura de litigios; VII. aconsejar al cliente a no ingresar en aventuras judiciales; VIII. abstenerse de: a) utilizar influencias indebidas, en su beneficio o en el de su cliente; b) defender intereses vinculados a actividades extrañas a la abogacía, en que también actúe; c) vincular su nombre a iniciativas de carácter dudoso; d) ayudar a los que atenten contra la ética, la moral, la honestidad y la dignidad de la persona humana; e) negociar directamente con la parte contraria, sin el conocimiento o consentimiento del abogado por esta constituido; IX. Defender la solución de los problemas de la ciudadanía y la efectividad de los derechos individuales, colectivos y difusos, en el ámbito comunitario.

El cumplimiento de los deberes de naturaleza ética no es facultado al abogado, pues estos configuran verdaderas normas

---

<sup>84</sup> SAP de Valencia, de 18 de marzo de 1998, n. 40.

impositivas de conducta<sup>85</sup>, que, si no son respetadas, generan responsabilidad tanto en el plan disciplinar (art. 36) como en el ámbito civil, siendo necesario, en este último caso, la ocurrencia de daños debido a un comportamiento antijurídico del profesional<sup>86</sup>.

La conducta personal del abogado debe ser serena, buscando preservar la buena relación con todas las personas, principalmente con aquellas que son parte de los conflictos en disputa. Los deberes más relevantes, aquí, serían los de actuar con probidad, honestidad, decoro y cortesía, especialmente debido al hecho de que el objeto de la actividad del abogado posee, en general, un carácter económico, pero también presenta extensa índole personal, es decir, trata también de algunos elementos de la esfera psíquica del cliente y de la parte contraria, los cuales deben ser respetados al máximo<sup>87</sup>.

En España, el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, que aprobó el Estatuto General del la Abogacía, establece en su art. 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”*. Es posible notar que esta norma contiene deberes bastante semejantes a los previstos en el ordenamiento brasileño. Esta norma, tanto destaca la importancia

---

<sup>85</sup> SIEBENEICHLER, 2006, p. 23.

<sup>86</sup> STS de 30 de marzo de 2006 (RJ 2006/2129).

<sup>87</sup> RAMOS FERREIRA, 1991, p. 35.

del interés tutelado, como también, concomitantemente, impone al profesional el deber de preservar los ideales de justicia, aunque exija, por otro lado, la demostración de culpa por parte del profesional en los casos de perjuicio a su cliente<sup>88</sup>.

Según el art. 31 del Estatuto General de la Abogacía Española, son deberes generales del abogado: a. cumplir las normas legales, estatutarias y deontológicas, así como los acuerdos de los diferentes órganos corporativos; b. mantener despacho profesional abierto, propio, ajeno o de empresa, en el territorio del Colegio en cuyo ámbito esté incorporado y ejerza habitualmente su profesión; c. comunicar su domicilio y los eventuales cambios del mismo al Colegio al que esté incorporado.

El art. 33 del b estatuto consagra un derecho, el de independencia en el ejercicio de la profesión, que, por otro lado, conlleva un severo deber profesional. El 'actuar con independencia' configura un mecanismo que demanda que, al cumplir su obligación, el abogado busque atender de la mejor manera posible los intereses de su cliente. Cabe destacar el hecho de que la libertad de actuación debe adecuarse a las normas que le obligan a someterse a las reglas éticas y deontológicas incidentes en el caso. El comportamiento deontológico es obligatorio, debiendo el profesional evitar la práctica de conductas desaconsejadas o expresamente prohibidas<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> STS de 23 de julio de 2008.

<sup>89</sup> STS de 04 de febrero de 1992 (RJ 1992/819)

Los deberes relacionados con la *lex artis*, se refieren a las obligaciones de medios a que está vinculado el abogado<sup>90</sup> y también cuando esté vinculado por obligaciones de resultado, conforme la naturaleza del vínculo establecido entre las partes. La palabra *diligencia* es la que mejor sintetiza los deberes del abogado en el ejercicio de su profesión. El criterio general de actuación no es sólo y exclusivamente el del *hombre medio*, pues se exige del abogado más que eso. Lo *standard* es el profesional consciente, bien preparado y que aplica con extrema cautela las reglas de la actividad. Ese es el criterio que prevalece en España, donde el concepto de buen abogado es verificado en cada situación específicamente considerada<sup>91</sup>. A partir de este contexto surge el modelo que actúa como paradigma para el comportamiento del abogado *in concreto*.

### **2.3.2 Deberes laterales, anexos o accesorios del abogado**

El abogado está vinculado, además de a las prestaciones principales referentes al vínculo establecido entre las partes, al cumplimiento de las prestaciones accesorias, conocidas también como *deberes laterales, accesorios o anexos*<sup>92</sup>, cuya finalidad es

---

<sup>90</sup> MARTÍ MARTÍ, 2007, p. 46.

<sup>91</sup> STS de 08 de febrero de 2000 (RJ 842).

<sup>92</sup> La STS de 25 de marzo de 1998, RJ 1651, asentó que el abogado tiene un deber de fidelidad, lo que abarca las obligaciones de información, custodia de la documentación y su respectiva devolución al final de la relación. Afirmó también que en caso de que quede probado el incumplimiento de los deberes laterales, el daño sería considerado notorio, no siendo necesaria la prueba de su existencia, y si, solamente, su extensión económica, dentro del mismo proceso o en fase de ejecución.

ampliar el contenido de la prestación principal, teniendo como fundamento el principio de la buena fe<sup>93</sup>.

Las obligaciones de carácter principal son respecto a la naturaleza de la relación establecida, pero en la mayoría de las veces, se resumen en el deber de realizar la defensa plena de los intereses litigiosos del cliente. En verdad, el profesional está obligado a prestar el servicio con la competencia y presteza demandadas por las circunstancias en cada caso. Eso implica conocer la legislación y la jurisprudencia aplicables, como también la capacidad de presentarlas basándose en criterios de razonabilidad, en los casos en que su interpretación no sea uniforme<sup>94</sup>. En los casos de actuación extrajudicial, las obligaciones implican en los deberes de ejecutar operaciones administrativas, de efectuar negociaciones, de emitir pareceres, redactar contratos, etc.

El adecuado desarrollo de los deberes principales dependerá, invariablemente, del cumplimiento de las prestaciones accesorias, pues, en caso contrario, la propia imposición principal no sería correctamente cumplida<sup>95</sup>. Como es sabido, el incumplimiento culposo del abogado, implica su responsabilidad civil por los daños causados al contratante. Así, la satisfacción de las obligaciones accesorias es tan relevante como la de la obligación principal, que, como se ha dicho, podrá quedar desatendida exactamente por el hecho de que los deberes accesorios no fueron observados.

---

<sup>93</sup> CRESPO MORA, 1998, p. 133.

<sup>94</sup> STS de 03 de octubre de 1998, n. 1479, RJ 8587

<sup>95</sup> REGLERO CAMPOS E OUTROS, 2008, p. 829.

Independientemente del tipo de prestación principal asumida por el abogado, y si esta es de naturaleza judicial o extrajudicial, para una correcta ejecución del pacto, el profesional deberá atender los denominados *deberes colaterales, anexos o accesorios*. Como estos no están, habitualmente, expresados en el contrato entre el abogado y el tomador, y teniendo en cuenta la escasa legislación sobre el tema, la tarea de definir su exacta delimitación es a cargo de la doctrina y de la jurisprudencia<sup>96</sup>. En general, los deberes anexos no están expresamente previstos en el contrato celebrado entre el abogado y el cliente, siendo necesario inferirles del contexto general de la relación<sup>97</sup>. De este hecho se origina la necesidad de verificar si el incumplimiento eventual de estas exigencias acarrea la responsabilidad contractual o extracontractual. Los partidarios de la primera hipótesis afirman que los deberes inherentes a la estructura del pacto y los expresamente previstos en el litigio, solamente existen, como elementos contractuales, para las propias partes. El

---

<sup>96</sup> CARRETERO SÁNCHEZ (2006, p. 10), afirma, en lo que se refiere a los deberes asumidos por el abogado ante su cliente, y a las obligaciones laterales implícitas en el contrato, (conceptos que también fueron utilizados por el Tribunal Supremo español, en una sentencia del 12 de diciembre de 2003): "(...) y en cuanto los deberes que comprende esa obligación, habida cuenta la específica profesión del abogado, no es posible efectuar de antemano un elenco cerrado de deberes u obligaciones que incumben al profesional en el desempeño de su función, por cuanto se podía, por un lado, pensar que tales deberes en una versión sintética se reducen a la ejecución de esa prestación, de tal suerte que se enderece la misma al designio o la finalidad pretendida, en el bien entendido, - se repite una vez más - como abundante jurisprudencia sostiene al respecto, que esa prestación no es de resultado sino de medios, de tal suerte que el profesional se obliga efectivamente a desempeñarla bien, con esa finalidad, sin que se comprometa ni garantice el resultado correspondiente. De consiguiente, también en otra versión podían desmenuzarse todos aquellos deberes o comportamientos que integran esa prestación o en las respectivas conductas a que pueda dar lugar o motivar el ejercicio de esa prestación medial en pos a la cual, se afirma la responsabilidad; "ad exemplum": informar de "pros y contras", riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costos, gravedad de la situación, probabilidad de éxito o fracaso, lealtad y honestidad en el desempeño del encargo respeto y observancia escrupulosa en Leyes Procesales, y cómo no, aplicación al problema de los indispensables conocimientos de la Ley y del Derecho."

<sup>97</sup> REGLERO CAMPOS E OUTROS, 2008, p. 827.

contrato, de esta forma, sería una fuente inmediata de obligaciones y prestaciones. Así, la infracción de reglas laterales, previstas con carácter genérico en la ley o en dispositivos extraños a la estructura del contrato, generaría únicamente la responsabilidad extracontractual.

Para los defensores de la segunda corriente, que defiende la naturaleza contractual de las prestaciones anexas, el simple hecho de que los deberes profesionales estén previstos en la ley, y de que las imposiciones contractuales estén asentadas en el pacto, es suficiente para que surjan otros deberes, necesarios para el correcto cumplimiento de los deberes principales. Aunque las partes no hayan especificado en el contrato una lista de los deberes laterales, el abogado está obligado a cumplir todos los que estén relacionados con el ejercicio de su profesión, pues al aceptar la tarea, este no se vincula solamente a las prestaciones directamente ajustadas, pero también a todas necesarias para el cumplimiento de la obligación, las cuales, por lo tanto, pasan a integrar el contrato. En fin, existen deberes que se originan de las fuentes heterónomas del contrato, como la buena fe, la probidad, entre otras<sup>98</sup>.

Tras estas consideraciones, es posible concluir que los deberes colaterales o anexos existen independientemente de cualquier previsión contractual, pues tienen una existencia autónoma basada en la propia naturaleza de la relación jurídica existente entre el profesional y el cliente. Estos deberes se unen a las obligaciones genuinamente contractuales –que provienen del

---

<sup>98</sup> CRESPO MORA, 1998, p. 135.

contrato y de las normas que definen su estructura– e integran, para todos los fines, el universo contractual, ya que es en este donde encuentran el motivo de su existencia. Con base en esto, sería un equívoco considerar que las imposiciones laterales tienen índole extracontractual, ya que está evidente su completa asociación con lo que fue pactado<sup>99</sup>.

No existe en la ley un rol exhaustivo y único de las prestaciones accesorias, pues estas son muchas y tienen una variada conformación, lo que hace con que estén previstas en reglas dispersas por toda la materia de derecho contractual, de los tipos contractuales, de los dictámenes relativos al ejercicio de la profesión, etc. Además de esto, es sabido que en la abogacía se practican actos cuya complejidad varia conforme la finalidad planeada, de forma que solamente un examen minucioso de las peculiaridades de la relación, permitiría verificar si todos los deberes asumidos por el profesional fueron cumplidos<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> CRESPO MORA (206, p. 13), acerca de la posición adoptada por los tribunales españoles en lo relacionado al establecimiento de los deberes accesorios, afirma: “Pues bien, hay que señalar que este interrogante recibe distintas repuestas en la doctrina y en la jurisprudencia. En incontables sentencias, el Alto Tribunal encaja en el marco del artículo 1902 CC el incumplimiento de deberes que no habían sido pactados expresamente por las partes, pero que implican una violación de los imperativos legales o profesionales. Sin embargo, la posición dominante en la doctrina es la contraria. Para la mayoría de nuestros autores, los deberes accesorios derivados de la buena fe o de los usos de los negocios son deberes contractuales, por lo que su incumplimiento dañoso desencadenará responsabilidad contractual”.

<sup>100</sup> CRESPO MORA (1998, p. 136), sobre el tema, discurre: “La ausencia de una lista completa que recopile estos deberes probablemente obedezca a la dificultad de tipificación exhaustiva de los mismos, pues resulta dudoso que un compendio pueda recoger todas las obligaciones accesorias que acompañan a la práctica de la abogacía. Al no existir una recopilación de estos deberes, es frecuente que los mismos aparezcan regulados de manera dispersa en las normas reguladoras de la profesión. Y otras veces, tales normas no contemplan estos deberes o simplemente los esbozan. En estos casos (cuando no hay ley ni usos normativos) resulta necesario acudir a la buena fe en su función integradora.”

El no cumplimiento de los deberes anexos tiene extensa repercusión. En Brasil, el Consejo de la Justicia Federal, en su enunciado n.º. 24, afirmó que “en virtud del principio de la buena fe, constante en el art. 422 del nuevo Código Civil, la violación de los deberes anexos constituye una especie de insolvencia, independiente de culpa”. En este mismo sentido, el enunciado n.º. 363, del mismo Consejo de la Justicia Federal, afirma que “los principios de la probidad y de la confianza son de orden público, debiendo la parte afectada solamente demostrar la existencia de la lesión.” Con la infracción de los deberes anexos, el individuo asume la responsabilidad de reparar los daños ocasionados, pues habrá violado el contrato ajustado.

Por otro lado, cabe destacar que los deberes anexos demandan observancia a lo largo de toda la ‘vida jurídica’ del contrato celebrado, incluidas ahí, por supuesto, sus fases de celebración y ejecución. Tiene, incluso, el poder de proyectarse para una etapa posterior, “cuando esta exigencia provenga de la naturaleza del contrato” (enunciado n.º. 170 del Consejo de la Justicia Federal), como ocurre en el caso en que una de las partes debe respetar la posesión transmitida al otro celebrante.

En general, el profesional debe cumplir todos los deberes, principales o accesorios, observando la exigencia de fidelidad. Así, aunque exista un deber autónomo de fidelidad, este intrínsecamente envuelve cada una de las obligaciones que recaen sobre el abogado y por esto no será abordado como un elemento

autónomo. Esa es una realidad tanto en Brasil como en España, siendo de sentido común en todas las legislaciones modernas<sup>101</sup>.

### **2.3.2.1 El deber de actuar con buena fe**

Al igual que pasa con los demás acuerdos bilaterales de voluntad, el art. 422 del Código Civil brasileño indica que en la relación entre el abogado y su cliente los contratantes están obligados a respetar, tanto en la conclusión del contrato como en su ejecución, los principios de probidad y buena fe. A su vez, el Código Civil español contiene una norma equivalente a esta, reflejada en su art. 1.258: *“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”*.

Cabe señalar que la obligación de actuar con buena fe no se limita al periodo de ejecución del negocio jurídico<sup>102</sup>. Desde el primer contacto, aún durante las negociaciones preliminares, las

---

<sup>101</sup> CARRETERO SÁNCHEZ (2006, p. 8) afirma: “Debe comenzarse - y así lo hace el Tribunal Supremo de forma clara - por recordar la caracterización jurisprudencial de la responsabilidad civil derivada de la actuación negligente de Abogado, que, como indica la Sentencia de 8 de junio de 2000 -recurso 2446/96 -, con cita de otras anteriores, y se precisa también en la de fecha 23 de mayo de 2006 - recurso 3365/99 -, constituye un tipo más de responsabilidad profesional, derivada de un contrato de prestación de servicios, que, como relación personal *‘intuitu personae’*, incluye el deber de fidelidad que deriva de la norma general del artículo 1258 del Código Civil, y el deber del abogado de llevar a cabo la ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto del encargo, de forma que si no se ejecuta o se hace incorrectamente se produce el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso de la obligación que corresponde al profesional (Sentencia de 23 de mayo de 2005, con cita de la de 28 de enero de 1998).”

<sup>102</sup> ZAMPROGNA MATIELLO, 2008, p. 221.

partes se vinculan al precepto legal previsto en el art. 422 del Código Civil (Enunciado nº. 25 del Consejo de la Justicia Federal). Se exige, así, que actúen con lisura e integridad, portándose adecuadamente y de forma que no provoquen ningún tipo potencial de lesión a la parte contraria.

El art. 53 del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por el RD 2090/1982, preceptúa: *“Son obligaciones del Abogado para con la parte por él defendida, además de las que se deriven de la relación contractual que entre ellos existe, la del cumplimiento, con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional, de la misión de defensa que le sea encomendada. En el desempeño de esta función se atenderá el Abogado a las exigencias técnicas, deontológicas y morales adecuadas a la tutela jurídica de cada asunto”*. Las referidas normas nos permiten tener la noción exacta de la vinculación del abogado a un correcto desarrollo de su actividad profesional y de los deberes a él inherentes.

Desde el momento en que se inician las negociaciones de un contrato, hasta el momento en que este es finalizado, se exige de las partes implicadas que actúen con honradez, dignidad y destreza. No se deben tolerar las conductas viciadas por la mala fe – definida como el ánimo doloso de quien actúa ilícitamente, y sabe que viola los derechos de otro y vulnera las disposiciones legales<sup>103</sup>. Tampoco se admite la improbidad, que configura una acción tendiente a la emulación y con falta de decoro en su proceder.

---

<sup>103</sup> NÁUFEL, 1988, p. 679.

Además de las sanciones específicas previstas en la legislación para los casos de violación de los principios de probidad y buena fe, se puede afirmar que es facultado al juzgador interpretar, dentro de los límites impuestos por el ordenamiento, las cláusulas contractuales de manera más favorable a quién actuó con buen espíritu, en detrimento de quién tuvo un comportamiento inadecuado bajo el prisma de la lealtad procedimental exigida de los contratantes.

La buena fe de que trata esta ley es la llamada *buena fe objetiva*, elevada por el legislador a la categoría de Principio de las relaciones contractuales. Este principio es aplicable aunque no esté contemplado expresamente en el ordenamiento. Conforme la doctrina y la jurisprudencia, siempre ha sido esencial que las partes actuasen correctamente, de forma que se pudiera inferir, de la voluntad efectivamente expresada en el plan concreto, la intención del abogado de bien proceder en su relación con la otra parte.

El principio de la buena fe objetiva impone a las partes contratantes una actuación conforme a los preceptos normativos y a los cánones morales y éticos que deben presidir la vida en sociedad. Es una cláusula de naturaleza general, cuya amplitud puede ajustarse conforme las necesidades sociales con el pasar del tiempo<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup> MARTINS COSTA (2000, p. 303), sobre el tema enseña: “desde el punto de vista de la técnica legislativa, la cláusula general constituye, así, una disposición normativa que utiliza en su enunciado un lenguaje intencionalmente abierto, fluido o impreciso, caracterizándose por una amplia extensión de su campo semántico, que se dirige al juez para otorgarle un mandato (o una competencia) para que, en vista de los casos concretos, cree o desarrolle normas jurídicas. Esto se dará por medio de su reenvío para elementos cuya concreción puede estar fuera del sistema. Estos elementos, sin embargo, fundamentarán la decisión, lo que hará con que, reiterados en el tiempo

El contratante, además de vincularse a las obligaciones del contrato que configuran deberes específicos e inmediatos, también necesita cumplir un compromiso mucho más amplio, especialmente en lo que se relaciona a los deberes asumidos ante la parte contraria. Es notorio el hecho de que todo contratante debe portarse con honestidad, probidad y ánimo desprendido en su relación con la otra parte. Eso engloba algunos aspectos, como no ocultar informaciones concernientes al contrato, no buscar ventajas indebidas, abstenerse de conductas que puedan configurar abuso de confianza o deslealtad, etc. Estos deberes, que orbitan el núcleo del pacto celebrado, se denominan *deberes anexos*, los cuales no dependen de cualquier previsión normativa explícita, pues emanan de la propia naturaleza de las relaciones interpersonales<sup>105</sup>.

Ellos se encuentran en un nivel exógeno a la estructura abstracta del negocio jurídico, pero se proyectan para el interior del contrato, reflejándose rotundamente en el desarrollo de la relación. Eso se verifica claramente en los casos en que los deberes anexos no son cumplidos, donde el sujeto será responsabilizado por los daños que culposamente haya causado. Además de esto, la parte afectada puede exigir el deshacimiento del negocio, invocando la existencia de un defecto jurídico proveniente del no cumplimiento de estos preceptos secundarios y paralelos.

---

los fundamentos de la decisión, se viabilice la *resistematización* de estos componentes originalmente extra-sistemáticos en el interior del ordenamiento jurídico.”

<sup>105</sup> ALVES TADEU, 2006, p. 57.

La buena fe siempre se ha destacado en el derecho brasileño, pues denota un espíritu desarmado y de credulidad de aquellos que la tienen. Por supuesto que los negocios jurídicos no sobreviven apenas de la buena fe de sus agentes, ya que la literalidad y la intención actúan como elementos de interpretación decisivos; sin embargo, engloba un importante elemento de definición de las controversias judiciales relativas a los actos jurídicos en general, especialmente si considerados los parámetros locales vigentes. Así, la buena fe se revela con las más variadas facetas, siendo fruto de las diferencias regionales existentes en el extenso territorio brasileño y de la diversidad de culturas. El grado de desarrollo y de urbanización de la sociedad también interfiere en la definición de un modelo local de configuración de la buena fe, aunque las condiciones personales de los implicados sean fundamentales para determinar ese elemento endógeno.

La interpretación de los negocios jurídicos también es directamente influenciada por la manera con que actúa el agente en todo el proceso de formación y ejecución del contrato. Mientras el art. 422 del Código Civil establece una cláusula general relativa a la buena fe objetiva, el art. 113 de este mismo Código afirma que los negocios jurídicos deben ser interpretados conforme la buena fe y los usos del lugar de su celebración<sup>106</sup>. Junto a este examen directo de las cláusulas contractuales, existe todo un aparato exegético

---

<sup>106</sup> SILVA PEREIRA (1990, p. 233), afirma: “el concepto de buena fe, aunque flexible, puede ser dominado por una reglamentación pragmática, en los casos en que el espíritu de la declaración prepondere sobre la letra de la cláusula, la voluntad efectiva sobre el formalismo, el derecho se respalde antes en la realidad que en las palabras.”

dirigido a captar la verdadera intención del sujeto, cuya finalidad es fijarse en el cumplimiento, o no, de los deberes anexos. Esto se aplica tanto a los contratos sometidos al Código Civil como a los regidos por el Código de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En lo que se refiere al elemento anímico, cabe resaltar que solamente actúa con buena fe, desde el punto de vista técnico y jurídico, aquel que demostrar, con su comportamiento ante la otra parte, que busca preservar el respeto integral a los denominados deberes anexos. De nada sirve elaborar, en el plan mental, una estrategia de conducta rectilínea y absolutamente legítima, si, después, en el momento de externar sus actos, el individuo termina contrariando el propio estratagema anímico. Caso esto suceda, habrá actuado, en el ámbito objetivo, con mala fe, ya que lo que interesa es la voluntad exteriorizada y no aquella íntimamente elaborada<sup>107</sup>.

Siguiendo esta línea de raciocinio, tampoco tendrá importancia si el ánimo interno del sujeto es malo, si, al manifestar concretamente su voluntad, este actuar con la más límpida y pura de las intenciones. La buena fe objetiva presupone exactamente esta exteriorización de las actitudes, y no la voluntad internamente represada. Prevalece lo que se hizo sobre lo que se pensó. Quien piensa mal y actúa bien está, jurídicamente, procediendo con buena fe objetiva, pues se presume en su favor la inexorable idea de que pensó bien. De otro lado, quien piensa bien y actúa mal, no cumple

---

<sup>107</sup> ZAMPROGNA MATIELLO, 2008, p. 232.

con los deberes anexos, ya que la conducta externada se sobrepone al comportamiento idealizado.

### **2.3.2.2 El deber de información**

El deber de información es otro relevante deber accesorio que recae sobre el abogado. Este ya se vislumbra en el momento en que se realizan las negociaciones preliminares con el cliente, independientemente de la existencia de contrato, pues el cliente tiene el derecho de saber exactamente las circunstancias, las condiciones y las perspectivas de lo que está llevando para el análisis del profesional<sup>108</sup>.

Algunos aspectos como la probabilidad de éxito de la demanda que pretende interponer, los riesgos del litigio, la carga económica de la disputa, etc., tienen fundamental importancia para que el cliente pueda hacer un análisis adecuado del cuadro, para, así, poder formar anímicamente una idea esclarecida sobre la conveniencia de seguir con su pretensión original. Además de esto, durante la relación contractual la obligación de informar permanece intacta, obligando al abogado a informar a su contratante todos los datos relativos al proceso, con sus particularidades y tramitación. Tras la conclusión de la demanda judicial, el deber de informar se concreta con el repase de los datos sobre las consecuencias concretas de la acción, como también sobre sus reflejos económicos y personales.

---

<sup>108</sup> CERVILLA GARZÓN, 2001, p. 89.

Sin embargo, el análisis de la información, como elemento accesorio, no debe confundirse con la obligación de informar, que en muchos casos está prevista en el contrato como un deber principal. Es necesario, de esta forma, establecer las diferencias entre estos elementos, ya que no es inusual que el abogado asuma el deber central de informar algo a su cliente, como, por ejemplo, en los casos en que deba responder a una consulta o tenga que emitir un parecer. El abogado que se compromete a dar un parecer sobre determinado asunto solamente se libera del vínculo cuando entrega al cliente el resultado del estudio realizado. Esta obligación de informar, de este modo, es principal y no accesoria. Por otro lado, esta no conlleva ninguna garantía de infalibilidad en su contenido, pues el profesional solamente está obligado a emitir su comprensión sobre un determinado tema concreto. Por supuesto que el contrato restará desatendido si el trabajo realizado no reúne las condiciones mínimas de adecuación y pertinencia con el asunto en examen, ya que no se admite una actividad aleatoria y sin cualquier respaldo en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia.

En lo que se refiere a la información que realmente integra el rol de deberes accesorios de la obligación principal, cabe decir que su comunicación al cliente debe ser clara y realizada en un lenguaje común, para que pueda llegar adecuadamente a su destinatario<sup>109</sup>. Lo que es dicho por el abogado ni siempre es apropiadamente captado, sea por una dificultad natural inherente a la cultura del

---

<sup>109</sup> CERVILLA GARZÓN, 2001, p. 90.

cliente, sea porque los datos están impregnados de elementos técnicos inaccesibles a los legos. De cualquier modo, la obligación de probar una eventual falta del abogado es del sujeto perjudicado, esto porque no podría recaer sobre aquél la inversión del deber probatorio, con la consecuente necesidad de demostrar que repasó las informaciones conforme lo que le es exigido por ley.

Otro punto relevante dice respecto a la falta de previsión normativa del deber de informar, especialmente en lo relacionado a los abogados. En Francia, Suiza, Italia y España, por ejemplo, no existen normas que traten, aunque de forma genérica, del tema de la responsabilidad por deficiencia o falta de informaciones<sup>110</sup>. La solución implica en decidir en cada caso concreto, y con base en los principios generales del derecho de las obligaciones, si es admisible una indemnización, a ser exigida por el cliente por deficiencia o ausencia de informaciones de su abogado sobre el tema a él confiado. Por supuesto que si existir expresa previsión contractual, el examen se realizará basado en la voluntad de las partes, incidiendo también las demás normas de carácter general aplicables al tema. Caso nada conste en el contrato, la indemnización podrá inferirse de las reglas atinentes a la responsabilidad delictual, como también por culpa *in contrahendo*<sup>111</sup>.

Si es verdad que una información que no alcanza su objetivo no puede ser considerada como suficiente para liberar el profesional

---

<sup>110</sup> SINDE-MONTEIRO, 1989, p. 347.

<sup>111</sup> SINDE MONTEIRO, 1989, p. 348.

del deber accesorio de informar, también es cierto que no se puede exigir que este mismo profesional haga con que su cliente asimile todos los datos que le son revelados. Luego, el abogado se libera en el momento en que utiliza los medios ordinarios, verbales o escritos, para prestar al contratante las informaciones esenciales sobre el asunto en cuestión, lo que en general dice respeto a la tramitación de un proceso determinado<sup>112</sup>.

Por otro lado, paralelamente a esta visión de la doctrina, cabe observar que los tribunales españoles, y especialmente el Tribunal Supremo, tratan de esta cuestión desde un punto de vista distinto. Para ellos, es necesario que exista un comportamiento activo del abogado, es decir, este debe, además de hacer con que la información llegue al cliente, tornar la información comprensible a su destinatario<sup>113</sup>. Para esto, las características que la información debe tener variarán conforme el nivel intelectual del cliente, el tipo de interés existente en el debate y las circunstancias objetivamente contratadas<sup>114</sup>.

Con esto, es posible, de un cierto modo, concluir que la jurisprudencia española está reconociendo en el deber accesorio de información características similares a las del deber principal de informar – el cual resulta de algunas modalidades de contrato firmadas entre el profesional y el cliente. En este contexto, lo que

---

<sup>112</sup> CRESPO MORA (2006, p. 10), enseña: “de hecho, habrá clientes que nunca llegarán a comprender el mecanismo de un contrato, por mucho que el letrado se esfuerce en explicárselo. Por ello, parece que hay que aceptar que el letrado que despliega toda su diligencia para conseguir que el cliente comprenda la información habrá cumplido, en principio, el deber accesorio de informar que le incumbe, aunque finalmente no se alcance tal resultado.

<sup>113</sup> STS de 14 de mayo de 1999 e a SAP de Guadalajara de 29 de noviembre de 2000.

<sup>114</sup> CERVILLA GARZÓN, 2001, p. 95.

sería apenas una obligación anexa, pasa a funcionar como una verdadera obligación de resultado, como una manera de proteger el individuo que contrató los servicios del letrado. Además, el Tribunal Supremo entiende que el deber de información se origina también en la obligación de fidelidad<sup>115</sup>, y que, una vez infringido, este tiene fuerza suficiente para generar daños a la moralidad del cliente, posibilitando la correspondiente reparación<sup>116</sup>.

Otro aspecto que merece referencia es el de que la obligación de indemnizar los daños ocasionados por un consejo o información del abogado, depende de la participación activa del destinatario. Es necesario que este confíe en la información pasada por su abogado y que actúe conforme los datos recibidos, pues, solamente en este caso ocurrirá la situación que lleva a la provocación del daño. La doctrina francesa afirma que la voluntad del perjudicado es pieza fundamental en la cadena causal que genera el perjuicio, pues nadie está obligado (o puede ser obligado) a seguir un consejo o una información. De esto se infiere que no es posible, en determinados casos, reconocer el derecho a la indemnización a favor del cliente por el único motivo de que este siguió las directrices informadas por el abogado, ya que su destinatario ni siempre debe aceptarlas como correctas, debiendo en las situaciones muy discrepantes buscar nuevos datos con una fuente distinta<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> STS de 04 de mayo de 1999, RGD 676-677.

<sup>116</sup> STS de 14 de mayo de 1999, RGD 676-677.

<sup>117</sup> JOURDAIN, 1983, p. 139.

En el caso de la información fornecida a título gratuito, la doctrina francesa afirma mayoritariamente que la responsabilidad civil del prestador es de naturaleza contractual en relación al cliente. Alega también que en relación a terceros la responsabilidad sería delictual o casi-delictual en caso de daños derivados de consejos o informaciones perjudiciales. En este caso, es suficiente la existencia de culpa simple para que surja el deber de indemnizar<sup>118</sup>. Cabe al perjudicado probar que la parte contraria actuó sin el celo necesario para facilitar los datos correctos y confiables.

Cabe resaltar también, que en Francia, así como en España, Brasil y otros tantos países, la doctrina afirma que solamente el consejo transmitido para ser efectivamente utilizado por el destinatario es capaz de incitar la responsabilidad civil de su emitente. No lo son, de esta forma, los consejos expresados en conversaciones informales o en diálogos entre personas que no están en la condición de tomador y prestador del servicio profesional<sup>119</sup>.

En Brasil, el deber de informar, cuando se trata de una relación caracterizada como de consumo, está previsto en el art. 6º del Código de Defensa del Consumidor (Ley nº. 8.078, de 11 de septiembre de 1990), conforme sigue: “Son derechos básicos del consumidor: (...) III- la información adecuada y clara sobre los distintos productos y servicios, con la correcta especificación de su cantidad, características, composición, calidad y precio, como

---

<sup>118</sup> GAVALDA, 1976, p. 280.

<sup>119</sup> SINDE-MONTEIRO, 1989, p. 565.

también de los riesgos que este presenta.” Aún en los casos en que la relación entre el cliente y el abogado no presente ningún vínculo de consumo, recaerá sobre el profesional el deber accesorio de informar, pues su estricta observancia es necesaria para que el objeto contratado sea correctamente ejecutado<sup>120</sup>.

El derecho a recibir informaciones es considerado uno de los más relevantes del Código de Defensa del Consumidor brasileño. Caso exista cualquier omisión en el repase de informaciones, tanto por su ausencia, como por insuficiencia o defecto en su transmisión, y habiendo daños al consumidor, surgirá obligación de indemnizar, siempre que se demuestre la causalidad entre la conducta y el daño.

### **2.3.2.3 El deber de guardar secreto**

Otro deber accesorio del abogado es el de no revelar los secretos que le fueron confiados por su cliente. Esta imposición surge desde el principio de la relación e incluye todos los datos fornecidos por el cliente al profesional, cuya revelación, desnecesaria a un desenlace favorable del proceso o dañosa al titular, sea realizada por el abogado sin una previa autorización de su cliente o en su rebeldía. Sin embargo, hasta el momento no existen muchas demandas contra abogados por el incumplimiento de este deber anexo, lo que se debe, probablemente, a que los

---

<sup>120</sup> ALVES TADEU, 2006, p. 50.

clientes no llegan a enterarse de los hechos, ya que, en general, es muy difícil probar de donde salió la revelación.

En España, el art. 32 del Real Decreto nº. 658/2001, que aprobó el Estatuto General de la Abogacía, determina que “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.”

En Brasil, el sigilo profesional fue elevado a la categoría de precepto constitucional. El art. 5º de la Constitución brasileña afirma en su apartado XIII que “es libre el ejercicio de cualquier trabajo, oficio o profesión, atendidas las calificaciones profesionales que la ley establecer; y su apartado XIV afirma que “se asegura a todas las personas el acceso a la información, resguardado el sigilo de la fuente cuando necesario al ejercicio profesional.”

Esa obligación de preservar los datos relativos al cliente integra, en un análisis más amplio, un deber más genérico de fidelidad, que a su vez, demanda la necesaria lealtad al contratante<sup>121</sup>. Considerase fiel y leal el abogado que de forma genérica actúa con lisura ante a la persona que le contrató, portándose con distinción, interés y sin ocasionar cualquier tipo de contratiempo.

La obligación de no revelar los datos del cliente, sobre el asunto que le fue confiado y acerca de los demás intereses de la persona, no termina con el final de la relación contractual.

---

<sup>121</sup> MIRANDA SUÁREZ, 2007, p. 05.

Independientemente de la conclusión de esta, el profesional continuará obligado a mantener el sigilo que le es impuesto por su oficio, bajo pena de responder por todos los daños que puedan ser ocasionados en virtud de la revelación de los datos a otro, aunque no exista ningún ánimo de perjudicar el titular de estos intereses. La excepción está en el caso en que el titular del interés le autoriza a revelarlo o cuando así lo determina el juez o la ley.

#### **2.3.2.4 El deber de seguir instrucciones**

Existe una seria discusión en el medio jurídico sobre la existencia del deber accesorio, atribuido al abogado, de seguir las orientaciones transmitidas por su cliente. Esto se da debido al considerable grado de libertad que el profesional posee, en que puede optar por uno de los caminos permitidos, cuando son varios los que se le presentan<sup>122</sup>. Lo que no es permitido es que el abogado desvíe por completo del rumbo trazado por el contratante, como, por ejemplo, en el caso en que se inicia una acción por usucapión cuando el cliente quería apenas la mantenimiento de la posesión.

En todo caso, este es un elemento que difícilmente llevará a la punición del abogado, pues en virtud de su independencia técnica, él no está obligado a actuar exactamente como pretende el contratante, especialmente cuando se tratar de aspectos relacionados a la ciencia del derecho y a su aplicación en concreto.

---

<sup>122</sup> DENARI, 2000, p. 80.

La preparación de la estrategia que será empleada en la defensa de los intereses del cliente es función propia del profesional, en que este buscará la mejor solución para el tema debatido, sin que esté obligado a alcanzar un resultado sobresaliente, salvo que este sea inherente al contrato.

En cuanto a su actuación dentro del proceso, el abogado tampoco deberá someterse a la voluntad del cliente. Sin embargo, la opción de iniciar o no la demanda y de recurrir o no un fallo desestimado es del titular del interés. Si éste no quiere iniciar la demanda y el abogado hace lo contrario, deberá responsabilizarse por los daños ocasionados. Lo mismo ocurre en los casos en que el cliente orienta el abogado a no recurrir. Sin embargo, si no existe materia para el recurso o si existe evidente posibilidad de aplicación judicial de las penas correspondientes a la litigación temeraria, el profesional podrá rehusar actuar. Debe, todavía, comunicar a su cliente su decisión, con el fin de evitar futuras acusaciones de incumplimiento de los deberes accesorios del contrato celebrado<sup>123</sup>.

### **2.3.2.5 El deber de restituir la documentación. Protección de los datos de carácter personal**

Este otro deber accesorio del abogado consiste en la obligación de restituir todos los documentos recibidos, al final de la relación, o mismo durante esta, siempre que ellos no sean más

---

<sup>123</sup> CRESPO MORA (2006, p. 14), afirma: “el abogado no podrá apartarse de estas últimas instrucciones, aunque esté convencido de que el interés del cliente exigiría alguna modificación. En estos casos, la única opción que le quedará al letrado será la de aconsejar al cliente que reconsidere las instrucciones que ha emitido.”

necesarios al regular desarrollo del trabajo concertado. Aunque este deber no aparezca expresamente en el contrato, su existencia está vinculada a la propia obligación principal, actuando como un factor de complementación. Se exige, así, del abogado, que conserve todos los documentos recibidos, para que pueda oportunamente hacer la necesaria devolución<sup>124</sup>.

La fuente de esta obligación de restituir está vinculada directamente al hecho de que se trata de una 'cosa ajena', y la simple titularidad del cliente sobre la cosa es elemento suficiente para imponer al profesional la devolución de los objetos materiales recibidos. Al incumplir ese deber, el abogado se someterá a la incidencia de las normas de responsabilidad civil, debiendo reparar todos los daños ocasionados en virtud de su falta de cautela.

Conexa con estas obligaciones están todas las relativas a la protección de los datos de carácter personal del cliente. En Brasil y España, como en la mayoría de los países europeos, existen leyes de protección de datos que obligan tanto a los particulares como a los entes públicos que manejen datos personales a una serie de obligaciones y responsabilidades. El estudio de unas y otras excede del ámbito de este trabajo, sólo decir que al abogado le atañen muchas de éstas en el ejercicio de su profesión.

---

<sup>124</sup> TSJ de Cataluña de 30 de noviembre de 1998, n. 34.

## **CAPÍTULO III.- RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO. PANORAMA GENERAL**

### **3.1 Bases de la responsabilidad civil en general**

#### **3.1.1 Funciones de la responsabilidad civil**

La función primaria de todo sistema de responsabilidad civil es de naturaleza reparadora o compensatoria, es decir, persigue proporcionar a quien sufrió un daño, los medios jurídicos necesarios para obtener la reparación o compensación. En otras palabras, lo que se busca es hacer que la situación subsecuente a la lesión sea recompuesta de forma que se aproxime el máximo posible al estado anterior de cosas. En efecto, la vuelta al *status quo ante* es uno de los objetivos principales cuando tratamos de la responsabilidad civil. Cabe decir, todavía, que la responsabilidad civil no tiene como foco principal la función preventiva o punitiva, lo que, por supuesto, no

impide que una u otra operen en un papel secundario o complementario<sup>125</sup>.

De la misma forma que en el Derecho brasileño, esto también sucede en el Derecho español. Sin embargo, eso no significa que la responsabilidad civil no pueda cumplir esa función preventivo-punitiva de forma primaria; o, para ser más exacto, una función preventiva, ya que la punición desempeña un papel instrumental, dirigido a la prevención<sup>126</sup>. Aunque no existan normas específicas sobre el tema, en la legislación española existen algunos dispositivos que permiten encontrar soluciones distintas, las cuales variarán conforme el grado de reprobación de un determinado comportamiento. La solución encontrada no será la misma, por ejemplo, en el caso de alguien que actuó con dolo, en comparación con alguien que actuó con culpa, ya que las repercusiones de una conducta dolosa deben ser más severas que las procedentes de una actuación culposa.

La reparación de los daños no prescinde, para una correcta comprensión de su mecanismo de funcionamiento, del análisis de cuestiones primarias, como por ejemplo, las referentes al origen de la responsabilidad civil de los individuos y a las variaciones habidas en los sistemas jurídicos con el pasar del tiempo. La responsabilidad implica, dentro de lo posible, el deber de

---

<sup>125</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, p. 64.

<sup>126</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, p. 69.

recomponer el cuadro existente antes de la lesión provocada por el otro agente<sup>127</sup>.

La expresión *responsabilidad civil* tiene como origen remoto el verbo latino *respondere*, aplicado en el sentido de que el individuo y su patrimonio están vinculados al cumplimiento de una obligación<sup>128</sup>. Es muy importante que no se confunda *responsabilidad* con *obligación*, pues mientras esta configura un deber jurídico primario, aquella caracteriza un deber jurídico secundario. Para mejor comprender esta diferencia, es esencial destacar que es la violación de un deber jurídico primario imputado a un sujeto determinado originará el deber jurídico secundario de indemnizar los perjuicios ocasionados a otro.

Trasladando el razonamiento al ámbito de la relación entre el cliente y el abogado, se puede afirmar que el deber asumido de representar al reclamante en una determinada demanda es primario u originario. En el caso de que el profesional no actúe conforme lo exigido y con base en los moldes establecidos por el ordenamiento jurídico, ocasionando, por esto, daños al contratante, surgirá el deber jurídico de indemnizar (responsabilidad), el cual es un deber

---

<sup>127</sup> REPRESAS (2003, p. 23) sintetiza la noción básica de la responsabilidad civil: “Responder significa dar cada uno cuenta de sus actos, y responder civilmente lato sensu es el deber de resarcir los daños ocasionados a otros por una conducta lesiva antijurídica o contraria al Derecho; de manera que ser civilmente responsable significa estar obligado a reparar por medio de una indemnización el perjuicio provocado a otras personas, vale decir en definitiva que es la forma de dar cuenta del daño que se ha causado a otro contra jus.”

<sup>128</sup> STOCO (2001, p. 89), afirma que: “la noción de responsabilidad puede ser extraída de la propia origen de la palabra, que en latín es *respondere*, responder a algo, es decir, tratase de la necesidad que existe de responsabilizar alguien por sus actos lesivos.

secundario o sucesivo, pues está directamente asociado al anterior<sup>129</sup>.

La función preventiva de la responsabilidad civil se relaciona directamente con la cuestión del análisis económico del derecho, es decir, con el cotejo entre el correcto destino de los recursos y la mejor optimización de los costes. De esta forma, el mecanismo de la responsabilidad civil debe centrarse en la búsqueda de la más amplia eficiencia económica posible en cada una de las situaciones concretamente examinadas. Existen dos corrientes doctrinales que tratan del tema. La primera, cuyo principal exponente es Posner, sostiene que la negligencia es el elemento que sirve como criterio general para la imputación de la responsabilidad civil. La segunda, encabezada por Calabresi, creó una teoría que busca el alcance de dos metas: la reducción de los costes de los accidentes y el propósito de justicia.

Esta última corriente tiene raíces en el análisis económico del derecho, el cual, a su vez, busca esencialmente establecer la relación existente entre daños, prevención de riesgos y la adecuada determinación de los costes para realizar esta prevención. Es importante mencionar que no hay como obtener una indemnización perfecta si no son adoptadas medidas preventivas capaces de minimizar las ocurrencias dañosas. Las conductas destinadas a prevenir eventos dañosos son consideradas como 'de coste óptimo'

---

<sup>129</sup> CAVALIERI FILHO (2000, p. 20) dice que: "en toda obligación existe un deber jurídico originario, en cuanto que en la responsabilidad existe un deber jurídico sucesivo."

cuando la suma de los gastos con prevención y de los daños propiamente dichos es mínima dentro de este contexto.

En un examen más detallado, se puede percibir que ninguna de las dos teorías deja de considerar el elemento negligencia. En la idealizada por Calabresi, sin embargo, el concepto de negligencia está determinado por parámetros de eficiencia de recursos y de optimización de costes<sup>130</sup>. Esta posición, por otro lado, recibe críticas sobre la posible inexistencia de negligencia, en el caso de una relación extremadamente desproporcional entre el coste de la prevención y la probabilidad de que ocurran daños graves.

Es innegable el hecho de que los elementos de naturaleza económica son siempre llevados en consideración en el momento de elegir un modelo de responsabilidad civil a ser adoptado por una determinada legislación. Los factores variarán conforme la realidad económica de cada país y de acuerdo con las alternativas existentes para la cobertura de los riesgos. También, la definición del nivel de indemnización debida, hecha tanto por medio de normas legales específicas como por decisiones judiciales que no se vinculan a los valores legales, es fuertemente influenciada por los factores económicos circundantes.

Un ejemplo de esto es el tema de la responsabilidad civil objetiva, que cuando es contra de los órganos estatales, determina, en última instancia, recaer la carga de la indemnización sobre toda la colectividad. Con esto se explica la razón de reservarse la idea de la responsabilidad objetiva solamente para situaciones

---

<sup>130</sup> REGLERO CAMPOS, 2008, p. 72.

especiales, como es el caso de las actividades de riesgo, ya que en este caso es la totalidad de la sociedad la que soportará los resultados de la decisión judicial y el peso económico termina siendo distribuido entre todos<sup>131</sup>.

En lo que se refiere al carácter punitivo de la responsabilidad civil, es patente que éste se destina a tornar más vigorosa la función preventiva. Ello porque, si el agente conoce previamente las graves consecuencias que deberá soportar por los daños que ocasionar a otra persona, seguramente redoblará la cautela, intentando no involucrarse en situaciones que puedan ocasionar perjuicios a terceros. Se consolidará, así, la finalidad preventiva, como un reflejo de la idea de punición del infractor.

Además de lo dicho, el propio individuo que alguna vez ocasionó daños y fue obligado a indemnizar, también ya absorbió esta idea de prevención comprendida en la noción de punir, evitando que se repitan situaciones semejantes. Y, por corolario, todos los demás miembros de la colectividad también son afectados por esta idea de prevención, ya que estarán más atentos a la necesidad de evitar conductas dañosas, pues podrían, ellos mismos, sufrir las consecuencias.

Se puede percibir, de esta manera, que la función preventiva pretende sancionar al sujeto que practica el acto causador del perjuicio, persiguiendo desestimularle a practicar conductas de igual o similar potencial lesivo. Esa finalidad de reprimir al individuo que practicó la conducta está umbilicalmente ligada al objetivo de

---

<sup>131</sup> REGLERO CAMPOS, 2008, p. 73.

alcanzar un resultado socio-educativo e instructivo, funcionando como un mecanismo pedagógico de alcance general, conforme se mencionó anteriormente. La punición, mismo no siendo la meta principal de la responsabilidad civil, atiende ciertas necesidades de carácter psicológico y social, pues actúa como una barrera para los impulsos individuales nefastos al convivio entre personas.

### **3.1.2 Culpa e imputabilidad**

Inicialmente, se entendía que la responsabilidad del individuo, en el ámbito civil, dependía básicamente de la conjugación de dos elementos: la culpa y la imputabilidad. En otras palabras, siempre que un determinado sujeto actuase culposamente ocasionando daño a otro, y no existiese ninguna causa de exclusión del deber jurídico abstractamente previsto, se configuraría la obligación de indemnizar. No obstante, la evolución jurídica en este ámbito provocó un cambio de mentalidad, pasando a valer la idea de que el responsable, en el plan civil, es aquél que se coloca en la posición de garante y actúa con culpa, siempre que estén presentes las condiciones legales de imputabilidad.

Este cambio de óptica no implicó en la supresión del concepto surgido con el modelo anterior, pues en los días actuales la noción de culpa sigue siendo considerada la base de la responsabilidad civil, que caracteriza la denominada *responsabilidad subjetiva*. Con esta, sin embargo, la reparación de los daños ocasionados pasa a ser considerada fundamental, lo que es mucho más que el simple

reconocimiento de la necesidad de su aplicación en los casos en que el sujeto activo del daño está subjetivamente vinculado al resultado final. En algunas situaciones determinadas, existía la necesidad de afirmar la responsabilidad civil del individuo, aunque no hubiera ninguna conducta culposa de su parte. Todo esto en nombre de valores jurídicos mayores si comparados con otros, o cuyo resguardo es esencial debido a circunstancias especiales, como por ejemplo, en las relaciones de consumo, donde se dotó al consumidor de una superioridad jurídica, ya que una de las partes es presumiblemente hiposuficiente.

De lo recién dicho, se puede extraer la noción de la denominada *responsabilidad objetiva*, la cual prescinde de la constatación y verificación del elemento subjetivo del agente. Aquí, la culpa, en cualquier de sus modalidades (negligencia, imprudencia o impericia) es despreciada como sustrato de la responsabilidad civil, ya que esta tiene como base la fuerza de la ley y como presupuestos la ocurrencia de daños y el nexo de causalidad entre la conducta lesiva y el resultado final nocivo a terceros.

Tanto en el Derecho brasileño como en el español, el elemento culpa funciona como base de la disciplina de la responsabilidad civil en general. Exceptuando algunas situaciones definidas en ley, o que de ella resulten como reflejo de su aplicación indirecta en casos de actividades de riesgo, no se puede prescindir de la prueba de la culpa en los casos de responsabilidad del causador del daño. La culpa funciona como un criterio de

imputación desde el Derecho romano clásico, materializado en la *Lex Aquilia de damno iniuria datum*<sup>132</sup>.

Las normas de los sistemas jurídicos más avanzados no se ocupan de formular una definición de culpa, siendo esta una tarea de la doctrina y de la jurisprudencia. Sin embargo, no sorprende el hecho de que, a pesar de la relevancia de la culpa como criterio de imputación, aún no exista una construcción mínimamente elaborada de este concepto. Eso se da porque la culpa es comprendida como la *razón* por la cual se debe responder, o también es considerada como una cobertura para justificar una decisión adoptada con base en otros elementos<sup>133</sup>. Casi no existen fallos basados en una determinada concepción de los criterios de imputación existentes, lo que hace con que la discusión acerca del concepto de culpa sea algo secundario y poco explorado.

### **3.1.3 El acto ilícito y el acto lícito**

En un sentido amplio, es permitido que el individuo actúe de la manera que mejor indicar su discernimiento, dentro de un juicio de voluntad que extrapola e independientemente de previsiones legales. Él puede, incluso, contrariar el ordenamiento jurídico de la forma que desear, valorando los hechos y los eventos diferentemente de cómo lo hacen las normas legales. Sin embargo, aunque no exista ninguna norma reglamentando el caso, el hombre

---

<sup>132</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, p. 280.

<sup>133</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, p. 283.

será siempre responsable por toda y cualquier conducta adoptada, aunque solamente en términos morales y de consciencia.

Cuando opta por una actitud específica, el ser humano puede hacer con que exista, o no, una determinada reacción de la sociedad, la cual irá variar conforme los resultados de la acción – si son positivos o negativos, útiles o dañosos, buenos o malos – analizados desde un referencial social adoptado por la comunidad. Una conducta pasa a ser delimitada y calificada a partir de la repercusión que causa en la sociedad, provocando las más distintas reacciones, desde la aceptación pura hasta el más profundo repudio. No obstante, en el ámbito de la responsabilidad civil, la conducta solamente tendrá relevancia para el Derecho en el caso en que presente potencial lesivo y cause efectivamente una lesión, situación en que se buscará reparar los males infringidos, y, dependiendo del caso, se utilizará el sistema represivo y pretensamente resocializador representado por la legislación criminal.

Si, por ventura, la referida acción ocurre amparada por la legislación, o si de cualquier modo no la contraría, estaremos ante el denominado acto lícito o conducta jurídicamente permitida, o, en la peor de las hipótesis, no prohibida por ley. También puede ser denominado como negocio jurídico, a pesar de este vocablo estar reservado para la esfera contractual de las relaciones interpersonales, de forma que un negocio existiría siempre que se configurase un acto en el ámbito contractual; en caso contrario, sería genéricamente considerado como un acto jurídico. Por otro

lado, la acción que se opone al reglamento normativo se denomina acto ilícito. En este caso los eventualmente perjudicados por el acto pueden buscar ante el Estado la debida recomposición de su patrimonio, o una compensación pecuniaria debido a los daños provocados.

Los efectos producidos por el acto ilícito y por el acto lícito son bastante distintos. Mientras que este último tiene fuerza suficiente para crear derechos y deberes a quien lo practica, aquél solamente acarreará deberes, pues es contrario al orden vigente. En un contrato, por ejemplo, los contratantes pasan a tener facultades y obligaciones, como en el caso de alguien que adquiere una mercadería, teniendo el derecho de recibirla, y, en contrapartida, el deber de pagar el precio establecido entre las partes. En otro sentido, aquél que dañifica materialmente un bien ajeno sin estar amparado por cualquier excluyente prevista en la legislación, deberá realizar el correspondiente resarcimiento, sin que le corresponda en este caso ningún derecho, ya que actuó en disconformidad con la ley.

Al contrariar las normas jurídicas, el individuo asume el riesgo de ser responsabilizado por los actos practicados, debiendo soportar los efectos de la norma destinada a restablecer el estado anterior modificado por la acción antijurídica. Si ante la sociedad el sujeto recibe una reprimenda moral por no respetar el orden jurídico, ante esta misma sociedad deberá reparar los daños ocasionados, en virtud de la necesidad de mantenimiento de la plena viabilidad de la vida comunitaria. Esa obligación – o deber –

se resume, por vía de regla, en la satisfacción monetaria de la laguna patrimonial o extrapatrimonial que, originada por la conducta ilegítima, fue ocasionada en el derecho ajeno. Esto, por supuesto, cuando no exista ninguna violación en el ámbito penal, lo que demandaría una mayor actuación estatal para responsabilizar el agente con base en la legislación específica.

### **3.1.4 La ley como base primaria de la responsabilidad civil**

La responsabilidad civil constituye, sin lugar a discusión uno de los ejes temáticos del derecho privado. Es manifiesto que la responsabilidad civil está basada en una previsión legal, y que nunca será aplicada por el simple hecho de que deba existir una reparación por parte de quién se portó de una manera considerada indebida. Solamente la violación, directa o indirecta, de la norma legal que podrá imputar al trasgresor el deber de restablecer los derechos o intereses vulnerados; en caso contrario, existirá apenas la reprimenda moral, la cual no alcanza el ámbito económico de cualquier de los individuos, tanto para beneficiar como para perjudicar.

Cuando dañifica un vehículo ajeno, por ejemplo, el sujeto queda obligado a indemnizar, conforme dispone el art. 186 del Código Civil brasileño: “Aquél que, por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, violar derecho y ocasionar daño a otro, aunque exclusivamente moral, comete acto ilícito”. Lo mismo ocurrirá si incumplir una regla contractual, estipulada libremente

entre las partes contratantes, y con esto provocar daños. Siendo contractual o no, la obligación de reparar deviene del ordenamiento jurídico aplicable a cada situación en concreto.

A pesar de lo que pueda, en un primer momento, parecer, no es solo el acto ilícito que genera el deber de indemnizar o de reparar, aunque no se pueda negar que, en la mayoría de las veces, es la ilicitud de la conducta que genera el nacimiento de la obligación. A veces, una acción legal y legítima puede dar origen al deber de reparar, pues la idea de resarcimiento es demasiado amplia y admite que la responsabilidad civil pueda originarse por el hecho de otro, o por el hecho de las cosas, desde que observados algunos requisitos normativamente establecidos.

Si la teoría de la responsabilidad civil estuviera invariablemente vinculada a la ocurrencia de ilicitudes, una gran parte de los episodios dañosos apenas acarrearía perjuicios al ofendido, sin que hubiese cualquier reparación pecuniaria. Con esto, por ejemplo, los padres también son considerados responsables por la reparación civil en el caso de que sus hijos menores ocasionen perjuicios a terceros. La responsabilidad civil de los padres no está vinculada a una ilicitud por ellos practicada, pero el legislador prefirió atribuir el deber de reparación a los progenitores, con el objetivo de evitar que la persona lesionada quedara desamparada, ya que es previsible la ausencia de condiciones pecuniarias de los hijos menores para soportar las consecuencias de la práctica de la ilicitud. Luego, si en el origen se verifica la ocurrencia de ilicitud, la transferencia de la obligación de

indemnizar se dará con motivo y causa diversa, alcanzando a personas que no practicaron ninguna conducta antijurídica, pero que, en razón de la actitud ilícita de sus hijos, quedarán obligadas a reparar.

Del modelo de la irresponsabilidad general – existente en épocas remotas – se pasó al modelo del integral amparo del lesionado, consolidado en la multiplicidad de reglas que buscan proteger aquellos que sufren injerencias en su campo jurídico. Sin embargo, hasta el momento, no ha sido posible dissociar la idea de responsabilidad civil de la noción de daño, es decir, del perjuicio de orden material, o, por lo menos, moral, garantizando al que sufre la lesión, el derecho a seguridad, mediante el pleno resarcimiento de los daños que sufrió.

Esta última modalidad no se ha de confundir con la reprimenda moral, la cual no implica repercusión alguna sobre el patrimonio del autor del daño. Por el contrario, trata de establecer la reparación de los daños a la moralidad por medio de la condenación del agente al pago de una indemnización al perjudicado, por infringir su esfera extrapatrimonial. Esto ocurre independientemente del grado de inmoralidad (en un sentido vulgar) de la conducta perpetrada, ya que solamente son llevadas en cuenta las previsiones legales que disciplinan el tema.

La responsabilidad civil tiene sus tentáculos dirigidos a la reparación del daño. Sin embargo, no está limitada solamente a esto, ya que, en determinadas situaciones, también cuenta con un contenido punitivo, como, por ejemplo, en el caso de condenaciones

por daños morales puros. La constante evolución del sistema de indemnización y reparación posibilita que se perfeccionen las formas y fundamentos de las teorías relacionadas con el tema, lo que hace con que sea necesario una somera abordaje de las bases existentes en el derecho brasileño, para una mejor comprensión del estudio<sup>134</sup>.

## **3.2 Responsabilidad subjetiva**

### **3.2.1 El elemento culpa en la definición de la responsabilidad subjetiva**

El vínculo entre daño y responsabilidad es fundamental para que exista la obligación de reparar, desde un punto de vista subjetivo; luego es imprescindible que esté presente el elemento culpa, considerada un vínculo de carácter interno que posibilita demostrar la imputabilidad del resultado al agente, generando el deber de restablecer la situación preexistente al perjuicio (*restitutio in integrum*). Esta se llama responsabilidad subjetiva o con culpa y es adoptada con mayoritariamente por el ordenamiento jurídico brasileño, aunque este admita las más variadas excepciones. Se denomina subjetiva pues se basa en la convicción de que existe, en el caso concreto, una ligamen psíquica del agente con el resultado

---

<sup>134</sup> ZAMPROGNA MATIELLO (1995, p.12), al referirse al daño como acto o hecho productor de lesiones, afirma que es evidente, desde este punto de vista, que el daño es una simple constatación, aún no vinculado a la idea de reparación o restitución del *status quo ante*. Esta idea solamente emana de la conjunción de factores subjetivos y/o objetivos, normalmente vinculándose a la noción de culpa, aunque por excepción pueda ser dispensada su presencia.

dañoso, de forma que este quiere directamente producir el efecto constatado, o, como mínimo, actúa de una manera en que asume como perfectamente normal la ocurrencia del evento generado por su conducta.

El primer caso se denomina dolo directo, en el que existe una acción u omisión consciente dirigida a un resultado determinado, es decir, ocurre cuando se quiere deliberadamente infringir el deber fijado en la norma. La segunda hipótesis trata del dolo eventual, que se traduce en la aceptación consciente del riesgo de que se produzca el evento dañoso. Incluso siendo consciente de esto, el agente considera la posibilidad abstracta de ocasionar el perjuicio como parte de su acción, y realiza el acto deseado, del cual puede posiblemente resultar un daño a otro.

La culpa también está evidente en las clásicas definiciones de imprudencia, negligencia e impericia, diferenciándose de los demás casos en la medida que aquí no se objetiva exactamente el daño, y ni se asume explícitamente el riesgo de que este ocurra, pero sí, queda claro que el perjuicio solamente ocurre debido al comportamiento ilícito del agente, aunque en muchos casos sea extremadamente tenue el vínculo subjetivo existente.

La imprudencia consiste en la falta de cuidados básicos, de las cautelas ordinarias que necesariamente deben ser tomadas en un caso concreto. Es una acción impensada, intempestiva, como la de conducir un vehículo que se sabe estar sin frenos, cruzar un semáforo rojo, o el caso del médico que inicia una cirugía sin tener equipamientos básicos para solucionar una posible urgencia. La

negligencia es la falta de diligencia, la ausencia de atención en un momento determinado, el descuido injustificado, como, por ejemplo, cuando un médico se olvida de un instrumento quirúrgico en la cavidad abdominal del paciente. Por fin, la impericia consiste en la conducta realizada sin los conocimientos suficientes o en la mala aplicación de los conocimientos existentes, en una deficiente formación del profesional que ocasiona el resultado nocivo, o, simplemente, en la incompetencia para la práctica profesional debido a la falta de sustrato técnico, como lo que sucede en el caso del médico que confunde un órgano con otro, realizando la intervención equivocada<sup>135</sup>.

Aquí se tiene una noción más ampliada de la culpa civil, la cual es utilizada en la práctica por los jueces apenas para establecer el *quantum* que deberá ser pago por el agente, ya que la simple verificación de la existencia de culpa – en cualquiera de sus modalidades – acarrea la condenación; quedando apenas la necesidad de fijar la cuantía debida tomándose por base distintos elementos, entre los cuales está el grado de culpa del causador de la lesión.

Cabe mencionar también, que el derecho civil no se ocupa de la distinción entre dolo directo, dolo eventual y culpa, abordando a

---

<sup>135</sup> ZAMPROGNA MATIELLO (1995, p. 27) afirma que existe una sutil distinción teórica en relación a los grados de culpa. La grave es la culpa que produce un resultado antijurídico que podría ser previsto por cualquier persona con un mínimo de discernimiento. Está próxima del dolo, debido a la elemental posibilidad de evitarse la lesión. La culpa leve es la que ocurre cuando el agente incumple un deber sin la conciencia de que existe el riesgo de producir un daño. El resultado lesivo de la culpa leve solamente podría ser previsto por el hombre medianamente atento y cuidadoso. La culpa levísima, a su vez, existiría en situaciones en que se está muy próximo de la inocencia completa, pues el resultado antijurídico solamente podría ser previsto por una persona extremadamente diligente, distanciada del patrón común encontrado en la sociedad.

todos genéricamente dentro de la amplia designación de culpa. Es el ordenamiento jurídico penal quien destina una atención especial a esta diferenciación. Así, la conducta podrá encajarse tanto en el concepto de dolo como en el de culpa, pero lo que importará para el derecho civil es la verificación de si se encuentran presentes los elementos que permiten imputar la responsabilidad del evento dañoso al individuo cuya acción desencadenó el proceso lesivo.

En el Derecho español, conforme el art. 1.105 del Código Civil, son también considerados elementos constitutivos de la imputación subjetiva los juicios de *previsibilidad* y *evitabilidad* del daño. En el primer se investiga si el agente que ocasionó el daño podría haber previsto las consecuencias de su conducta activa o pasiva. La culpa se verifica no solamente cuando el sujeto puede prever el daño que resulta de un comportamiento determinado, pero también cuando, en un determinado caso concreto y llevando en cuenta los preceptos ordinarios de experiencia, este sujeto debería antever la ocurrencia de un evento lesivo<sup>136</sup>.

Por otro lado, la existencia de culpa también depende, además de la posibilidad del sujeto poder prever el resultado, de la verificación de que este mismo sujeto disponía de los medios necesarios para poder evitar concretamente el desenlace lesivo, y, sin embargo, no se utilizó de estos medios, o los utilizó de forma ineficiente. Tratase del denominado *juicio de evitabilidad*, que se

---

<sup>136</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, p. 290.

verifica después del *juicio de previsibilidad*, ya que es corolario lógico y necesario de este<sup>137</sup>

### 3.2.2 Culpa contractual y culpa extracontractual

Actualmente se acepta, sin mayores problemas, la noción dualista de la culpa, que se divide en contractual y extracontractual, siendo esta última también llamada de *aquilliana*. La contractual, que será analizada más detenidamente a lo largo del trabajo, deriva de la inobservancia de una obligación que integra un contrato (negocio jurídico bilateral), una convención (cuyo contenido no se diferencia mucho de aquél), o de cualquier otro tipo de acuerdo de voluntades celebrado entre las partes, suficiente para tal fin.

La responsabilidad subjetiva de índole contractual, fundada esencialmente en la culpa, tiene como requisito el incumplimiento de obligaciones derivadas del contrato, que genera daños a otro. Es decir, si el incumplimiento imputado al sujeto deriva de un título adecuado, la ley le obligará a restaurar la situación afectada por su actuación culposa<sup>138</sup>. El sujeto deberá, entonces, realizar la prestación en especie o, en caso de que esta ya no sea posible, entregar el debido valor equivalente o correspondiente. Si el caso es de lesión extrapatrimonial reparable, habrá la determinación judicial del *quantum debeatur*, también basada en la idea de suplir la laguna dejada por la actuación culposa.

---

<sup>137</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, p. 291.

<sup>138</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, p. 145.

La culpa extracontractual o aquiliana se funda en las reglas generales de la legislación, en que los implicados no forman parte de una relación contractual en sentido estricto. Esto se da porque la responsabilidad extracontractual presenta como elemento central la ocurrencia de un daño independiente de la existencia de un acuerdo volitivo previo entre las partes, o, en caso de que este acuerdo exista, sin que se verifique cualquier vínculo entre el daño y el negocio pactado<sup>139</sup>.

No resta duda de que el profesional de la abogacía está obligado a responder por los daños ocasionados a su cliente, sin embargo la responsabilidad civil extracontractual tiene aquí una aplicación menos frecuente, ya que las hipótesis de responsabilidad civil del abogado tienen una connotación estrictamente contractual<sup>140</sup>.

En España, el modelo de responsabilidad extracontractual está consagrado en el art. 1.902 del Código Civil, según el cual “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Las mismas bases y finalidades de este dispositivo pueden encontrarse en el art. 186 del Código Civil brasileño. Se trata de un contexto en el que el abogado, al desarrollar su actividad, realiza una conducta culposa y viola el deber genérico de no ocasionar daño a otra persona, aunque este daño se origine de factores o causas que superen los límites propios del contrato y expresamente previstos en él<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, p. 146.

<sup>140</sup> ORTEGA, 2001, p. 01.

<sup>141</sup> ORTEGA, 2001, p. 02.

Está basada en la verificación de la culpa, conforme las especies previstas, generando el deber de indemnizar para todo aquel que ofender la integridad jurídica de otro sin tener a su favor las excusas establecidas por el ordenamiento jurídico. La culpa aquiliana, al contrario de la contractual, no exige cualquier tipo de vínculo previo entre los implicados en el hecho que termina con resultados lesivos para una de las partes.

Como hemos visto, la teoría de la responsabilidad subjetiva tiene sus raíces básicamente fundadas en la demostración de que la acción productora del daño es imputable al agente a título de culpa, es decir, está íntimamente ligada a la forma por la cual se determinó o actuó el autor, tanto si éste buscaba la producción de la lesión, como si la aceptaba como un evento previsible, como también en los casos en que actuó con descuido, falta de preparo, o de cualquier otro modo pasible de vincular a alguien a su conducta antijurídica.

Por medio de los contornos y caracteres inherentes a la teoría, se puede percibir que el Derecho brasileño optó por el daño como el presupuesto esencial de la responsabilidad civil, y solamente por excepción la aceptará en otras circunstancias, como veremos más adelante. A estos factores concretos (conducta + daño) se asocia el elemento anímico (culpa), de lo que emergerá la responsabilidad civil y el consecuente deber de reparar.

### **3.3 Responsabilidad objetiva**

### **3.3.1 Criterios de imputación en la responsabilidad objetiva**

#### **3.3.1.1 La ley como base directa de la responsabilidad objetiva**

Conforme se mencionó anteriormente, se adopta en carácter general el principio de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil. Sin embargo, cabe reconocer que gran parte de los eventos lesivos dejaría a los ofendidos sin una solución, los cuales tendrían que soportar inertes a los daños, debido a la carencia normativa que terminaría por inviabilizar una eventual reparación.

La teoría de que la verificación de la culpa es esencial para la indemnización de los perjuicios ha sido en buena medida superada con el pasar del tiempo, pues el Derecho, que se perfecciona constantemente, idealizó mecanismos para sustituir la idea de culpa por la de la responsabilidad sin culpa. Con esto se procuraba posibilitar que los perjudicados pudiesen conseguir su reestructuración patrimonial a partir de la simple ocurrencia de la lesión, sin la necesidad de considerar el elemento anímico que impulsó el agente del daño en el momento del hecho o del acto perjudicial.

La teoría de la responsabilidad objetiva surgió hace muchos años. Ella discrepa de forma indiscutible de la teoría anteriormente expuesta, especialmente porque deja en un plan absolutamente

secundario la prueba efectiva de la vinculación anímica del agente de la conducta con el resultado lesivo. Así, en vez de ocuparse de la culpa, o no, del agente del daño, los precursores de esta teoría enfatizaron la necesidad de contrastar los factores objetivos de los actos o hechos nocivos, basando la teoría esencialmente en la afirmación de la superioridad del riesgo sobre la parte volitiva. Si el autor actúa provocando lesiones, asume la obligación de indemnizar por la simple circunstancia de que la naturaleza del episodio así lo exige o permite, valorándose la cuestión solamente bajo el prisma de la existencia fáctica del perjuicio, independiente de la constatación de la existencia o no de culpa del que se originó la ofensa.

La responsabilidad objetiva se basa en que el simple vínculo subjetivo entre la conducta y el resultado es el verdadero motivo del surgimiento del deber de reparar. Es suficiente la ocurrencia de la lesión y la constatación de que esta se originó en un determinado comportamiento positivo o negativo, siendo inexigible la imputación subjetiva al autor.

La responsabilidad objetiva también se denomina responsabilidad sin culpa, tanto por la inexigibilidad de cuestionamientos acerca del elemento volitivo, como también debido al origen del deber de reparar, basado en la ocurrencia pura del daño y dissociado de cualquier querer del ofensor. Esto no significa que su conducta esté siempre desprovista de culpa, pero sí que el legislador prefirió evitar mayores investigaciones acerca de la

presencia o no de ésta, facilitando el acceso del perjudicado a la debida restructuración.

En verdad, el perjuicio puede haber sido ocasionado por un comportamiento altamente culpable del agente, pero esto no tendrá ninguna influencia en la solución de la cuestión; salvo en algunos casos determinados en que será utilizado para fijar la cuantía de la reparación, pero aún así no vinculará al juzgador, el cual podrá no valorar las circunstancias en la determinación de la extensión del juicio condenatorio, aunque sea aconsejable que las considere, objetivando una mejor distribución del derecho<sup>142</sup>.

### **3.3.1.2 El riesgo como base mediata de la responsabilidad objetiva**

La teoría de la responsabilidad objetiva está basada en la emergente necesidad de solucionar los casos en que la simple verificación de la culpa no es suficiente para la solución del litigio, sea debido a la imposibilidad práctica de obtenerse una respuesta al cuestionamiento eventualmente formulado, sea porque la naturaleza del evento demanda la adopción de la llamada teoría del riesgo – como también es conocida la teoría de la responsabilidad objetiva – por el legislador.

---

<sup>142</sup> AGUIAR DIAS (1995, p. 50) afirma que los daños y la reparación no deben ser establecidos por la medida de la culpabilidad, pero sí que deben originarse del hecho que ocasionó la lesión del bien jurídico, con el fin de mantenerse incólumes a los intereses en juego, cuyo desequilibrio es manifiesto, si quedamos dentro de los estrechos límites de la responsabilidad subjetiva.

El ordenamiento jurídico brasileño utilizó muchas veces la responsabilidad objetiva en la definición de ciertos episodios lesivos. Así, ¿cuál sería el fundamento de la responsabilidad del empleador por los actos de su subordinado, conforme lo establecido en el art. 932, III, del Código Civil? O, aún, ¿no sería solamente la doctrina del riesgo la que podría justificar la responsabilidad de los empleadores por los accidentes de trabajo ocurridos con sus empleados? Recientemente el Código de Defensa del Consumidor (Ley n°. 8.078, de 11 de septiembre de 1990) abrió las puertas del Derecho nacional para la utilización de la teoría de la responsabilidad sin culpa en situaciones especiales, acompañando la evolución que viene ocurriendo en el resto del mundo.

La responsabilidad objetiva sólo existe en los casos en que la ley la prevé expresamente, mencionando directamente las hipótesis de aplicación de este mecanismo de responsabilidad civil. No obstante, existe en el ordenamiento una situación marcada por la amplitud de una cláusula legal abierta, positivada en el párrafo único del art. 927 del Código Civil brasileño: “Existirá la obligación de reparar el daño, independiente de culpa, en los casos especificados en ley, o cuando la actividad normalmente ejecutada por el autor del daño implica, por su naturaleza, un riesgo para los derechos de otro”.

Como se puede percibir, además de las responsabilidades subjetiva y objetiva puras, como determinantes del deber de reparar el daño causado, el legislador admite la aplicación de la teoría del riesgo como fundamento de la responsabilidad civil. Esta teoría

consiste en la atribución de la obligación de reparar a todo aquel que desarrolle una actividad que implique, por su propia naturaleza, un riesgo para los derechos de otro. La responsabilidad civil en este caso, no depende de la prueba de la culpa, siendo suficiente que el agente se dedique a una actividad que genere riesgos a un tercero.

Por otro lado, no es tan estricta como la responsabilidad objetiva pura, ya que ésta, además de la existencia del hecho y de la lesión, prescinde de cualquier otra prueba; y aquella reclama que se demuestre que la actividad desarrollada por el agente es, por sí sola, causadora de riesgos. Así, si exceptuamos el caso fortuito, la fuerza mayor y la culpa del propio ofendido en la producción del daño, subsistirá la responsabilidad inherente al riesgo asumido. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con las empresas de seguridad, de forma que habiendo un daño superveniente al cliente, existirá automáticamente el deber de reparar, salvo si se demostrara la existencia de alguna causa excluyente.

El legislador utilizó un concepto jurídico indeterminado cuando afirmó que la responsabilidad civil objetiva también se origina en situaciones marcadas por el riesgo constatado en actividades normalmente desarrolladas por el agente. Por esto, y para evitar una amplitud excesiva de la norma, es necesario establecer que la *actividad normalmente desarrollada* es aquella que el sujeto realiza pretendiendo algún provecho, en general, de naturaleza económica. Es lo que sucede, por ejemplo, con el transportador profesional, pero no con aquél que de manera no habitual transporta gratuitamente a otro. Por lo tanto, el adverbio *normalmente*, que se vincula al

vocablo *actividad*, sirve para identificar las situaciones en que el agente practica con *regularidad* la conducta potencialmente lesiva o dañosa, buscando una ventaja de naturaleza económica o de semejante configuración.

No encajan en el concepto del párrafo único los comportamientos que, aunque acarreen riesgo de daño debido a su naturaleza, no estén acompañados del requisito de regularidad impuesto por el legislador. Así, quien organiza una corrida de caballos una única vez queda sometido a la responsabilidad subjetiva, al contrario de lo que sucede con quien tiene por profesión organizar este tipo de evento, ya que en este último caso existirá una *actividad normalmente desarrollada*.

### **3.3.1.3 La aplicación de la responsabilidad objetiva en la abogacía**

En el ámbito de la abogacía, normalmente no existe espacio para la responsabilidad objetiva pura, y tampoco para aquella reservada a situaciones en que hay la práctica de actividades que conllevan riesgo a la otra parte. La hipótesis de responsabilidad objetiva del abogado más aceptada es, excepcionalmente, la que ocurre cuando este asume un deber de resultado, pues, en este caso, la simple falta de implementación generará la obligación de indemnizar los daños ocasionados al cliente.

Por otro lado, no cabe hablar de riesgo profesional en la actividad de abogacía. La naturaleza del trabajo desarrollado por el

abogado no implica, en el sentido pretendido por la ley, en ningún riesgo para el derecho. Una interpretación contraria podría originarse de lo dispuesto en el párrafo único del art. 927, al cual el legislador pretendió conferir una menor amplitud, reglamentando la responsabilidad objetiva de quien desarrolla actividades que, por su naturaleza, generan riesgos para el derecho de otro. Si considerada con este rigor, la idea de responsabilidad civil objetiva podría empezar a asumir un carácter de regla, y no de excepción, pues es innegable que casi todas las actividades conllevan algún tipo de riesgo, sea para la vida, para el patrimonio o para cualquier otro elemento que se relacione con la existencia humana.

Superada la discusión anterior, cabe mencionar las diferencias teóricas, establecidas por autores renombrados, entre los institutos de responsabilidad objetiva y de la presunción de culpa<sup>143</sup>. En la práctica, el análisis de la culpa representa nada más que la afirmación de la doctrina del riesgo. Esto se da porque la utilización del elemento anímico no tiene como prosperar cuando se trata de la aplicación de la responsabilidad objetiva, pues esta está basada en la simple constatación de la ocurrencia del daño originado en un hecho determinado. De esto surgirá la obligación de reparar, la cual solamente podrá ser evitada en el caso del autor demostrar la existencia de culpa de la víctima en la ocurrencia del episodio lesivo.

Así, la constatación de la culpa del agente carece de mayor importancia, siendo considerada inexigible. Lo mismo se aplica a la

---

<sup>143</sup> AGUIAR DIAS, 1994, p. 84.

tesis de la presunción de culpa, pues, en verdad, al igual a lo que sucede con la aplicación de la responsabilidad objetiva, no se considera el factor volitivo del autor de la lesión, ya que el deber de reparar resulta solamente de la presunción de que la acción, dadas sus características, estaba repleta de culpa. La presunción de culpa lleva a la inversión de la carga de la prueba, que pasa a ser un encargo del acusado, y no más de la víctima.

Así, entre la llamada responsabilidad objetiva y la denominada presunción de culpa existe, como mínimo, una profunda complicidad, pues si en tesis la primera dispensa el examen del factor anímico y la segunda lo tiene como un dogma, ambas presentan como resultado final el surgimiento del deber de reparar, siendo ahí absolutamente idénticas en sus efectos. Hasta la forma de elisión de la obligación de recomposición de los daños debida al afectado obedece a las mismas reglas, las cuales demandan del obligado la demostración de que la víctima ha sido la única responsable por el daño o menoscabo generado en sus derechos o intereses a consecuencia de un comportamiento, ahí sí, marcado por la culpabilidad.

De esta manera, habiendo expuesto las bases de los institutos de la responsabilidad con y sin culpa, y dispensando mayores consideraciones debido al propósito de este trabajo, resta mencionar que las explicaciones hasta el momento realizadas serán, más adelante, ampliadas y profundizadas, cuando se analice específicamente la responsabilidad de los profesionales del Derecho.

### 3.4 Clases de daños

Analizando el problema a partir de los resultados nocivos producidos por comportamientos lesivos en la esfera de actuación jurídica ajena, obligatoriamente se llegará a la conclusión de que existen varias formas – o clases – de daños que pueden ser producidos en el mundo jurídico, los cuales pueden existir aislada o asociadamente, conforme la naturaleza de la conducta que generó la lesión al derecho o interés jurídicamente tutelado.

Básicamente, siempre que se habla de responsabilidad civil – y aquí se incluye, por supuesto, la de los profesionales liberales – surgen dos cuestiones cruciales y decisivas: a) definir lo que se entiende por *daño*, estableciendo las clases de perjuicios y depreciaciones sufridas por el afectado; b) determinar la extensión de los daños experimentados por la víctima y establecer cuáles de estos son imputables al ofensor, lo que se hace a través de la verificación del nexo de causalidad entre su conducta y el resultado lesivo<sup>144</sup>.

La recomposición de los daños normalmente lleva a un cuestionamiento inicial, que delineará las características intrínsecas

---

<sup>144</sup> En la STS de 17 de diciembre de 2007, n. 7208/2007, el Tribunal Supremo español afirmó: “(...) no toda declaración de culpabilidad conlleva la de responsabilidad, pues para ello es preciso que pueda anudarse a la actuación negligente del agente un daño susceptible de ser reparado, en su caso, mediante la correspondiente indemnización, de tal forma que, si falta éste, no cabe imponer indemnización alguna; a lo que cabe añadir que, tratándose de la responsabilidad profesional de un abogado, el daño moral en que se traduce la pérdida de oportunidades procesales ha de tener como necesario presupuesto la existencia de tales oportunidades y de las expectativas frustradas, así como la efectiva afectación del derecho a la tutela judicial que le sirve de fundamento.”

de la especie conforme el tipo de daño experimentado: material, moral o mixto. Así, es a partir de la respuesta a esta cuestión que se promoverá el direccionamiento primario de la demanda, cuyos caracteres específicos serán establecidos con base en la forma de reestructuración buscada por el ofendido. Como los daños pueden ser puramente materiales, puramente morales, o materiales y morales en conjunto (mixtos), cabe analizar sucintamente las especies explicitadas.

El tema tiene mucha relevancia, ya que una presentación equivocada de la pretensión en la demanda, impide que el juez trasmude la naturaleza de la prestación final basado en la alteración del pedido, bajo pena de proferir un pronunciamiento nulo por ser *extra petita* o *ultra petita*. Si el demandante postula una indemnización por daños materiales, deberá demostrar su existencia y cuantificación. Caso busque reparación por daños morales, deberá probar su ocurrencia y dejar a cargo del juzgador la determinación del *quantum debeatur*. Lo que no es admisible es la condenación a pagar una indemnización que no fue reclamada por el autor y tampoco que se considere un pedido como si fuera otro.

La invocación del principio *jura novit curia* no soluciona el problema de una presentación del pedido errónea, pues, debido, exactamente, al hecho de que conoce el derecho, el juzgador no puede extrapolar los límites delineados por el autor en el pedido inicial. Sin embargo, es necesario reconocer que al formular un pedido genérico de indemnización y al narrar los hechos – ya probados en la audiencia de instrucción – compatibles con la

ocurrencia de daños morales o materiales, el juez tiene poder suficiente para condenar tanto a la reparación de aquellos como a la indemnización de estos.

Una demanda genérica supe una no especificación, por parte del autor, de la clase de los daños concretamente ocurridos, desde que la narración de los hechos realizada en el pedido inicial permita extraer conclusiones sobre el real alcance de la pretensión. Pero, si el autor solamente solicitar expresamente la condenación del reo a la composición de los daños materiales, al juez no se permitirá reconocer la existencia de daños morales. Considera-se, aquí, que no se ejerció la acción destinada a postular la reparación de los daños extrapatrimoniales, lo que, por supuesto, no impide que estos sean buscados en una demanda autónoma.

Es posible, con el objetivo de resguardar las prerrogativas aseguradas jurídicamente, presentar pretensiones subsidiarias o alternativas, aunque estas sean incompatibles entre sí. Este procedimiento es aún más útil en el caso de que exista responsabilidad del abogado por una mala ejecución de sus actividades, ya que ni siempre es nítida la frontera existente entre las distintas clases de daños sucedidos en estos tipos de acción.

### **3.4.1 Daños materiales puros**

En primer lugar, es necesario mencionar que existen daños puramente materiales, que se traducen en hechos humanos generadores de lesión al interés ajeno jurídicamente protegido, que

afectan pecuniariamente a su patrimonio, disminuyéndole el valor y el contenido monetario. La lesión afecta solamente a los derechos patrimoniales/financieros del perjudicado, sin repercusiones nocivas en el ámbito psíquico/moral, es decir, en los elementos de connotación extrapatrimonial, siendo entendido como patrimonio el conjunto de bienes y derechos de expresión económica inmediata.

Aquí, la referencia a derechos es *lato sensu*, de forma a congregar los daños verificados en bienes corpóreos, incorpóreos y derechos propiamente dichos, que componen los elementos del patrimonio físico. Un ejemplo de daños puramente materiales son aquellos resultantes de un accidente de vehículos, en que resultan solamente bollos en ambos los bienes, sin lesiones corporales a sus ocupantes.

Todavía, aunque estemos hablando de la ocurrencia de daños materiales, no ingresamos en el tema de la recomposición debida por el ofensor al ofendido, ya que esto es parte de una próxima etapa que será abordada en la secuencia. Sin embargo, la verificación de la extensión de los daños es el primer paso para una adecuada restitución del estado anterior a la parte afectada, buscada a través de la denominada indemnización. La terminología está cada vez más especializada, como, por ejemplo, en el reciente caso de inclusión en la Constitución de la República brasileña de la protección contra daños a la moralidad, la cual dio origen a una pequeña distinción entre los vocablos definidores de la recomposición de los daños, ya que, en caso de daños de orden

moral, se tiene buscado utilizar el término reparación, por los motivos que serán explicados más adelante.

En la acepción de los daños materiales se busca recomponer todo aquello que se perdió y todo lo que también se dejó de ganar en virtud del comportamiento ilícito. Al hablar de la responsabilidad civil del abogado, eso permite verificar un incumplimiento de las obligaciones de estos profesionales cuando, en virtud de su actuación, se impide que el perjudicado realice un derecho<sup>145</sup>.

### **3.4.2 Daños morales puros**

Es imprescindible abordar, aunque con cierta brevedad, la cuestión referente a los daños puramente morales. La Constitución Federal brasileña de 1988, atendiendo a una antigua demanda de la doctrina y de la jurisprudencia, incluyó la reparación de los daños a la moralidad entre los derechos y garantías fundamentales, quedando dedicados al tema los incisos V y X de su art. 5º. Tras su inauguración legislativa, el instituto de reparación de los daños morales – verificados por medio de hechos humanos que provocan lesiones en la esfera psíquica del individuo, sin ofensa al plan material – viene creciendo y perfeccionándose vertiginosamente. Los delitos contra el honor son clásicos manantiales de daños a la moralidad, donde resulta la posibilidad de recomposición del mal ocasionado por medio de la denominada reparación.

---

<sup>145</sup> YÁGÜEZ, 2007, p. 12.

El vocablo *reparación* tiene cierta prioridad cuando se trata de daños morales, debido a su mejor adecuación a los principios y objetivos que delimitan la materia, pues, al contrario de lo que se pasa con los daños materiales, una ofensa al plan psíquico está destituida de un carácter pecuniario inmediato, ya que es imposible estimar financieramente los atributos de la personalidad. El honor, la buena fama, el imagen que cada individuo tiene ante la sociedad, la idea de que el ser humano tiene de sí mismo, la presencia física paterna o materna, nada de eso tiene contenido económico y tampoco se trata de cosas *in commercium*.

No existiría otra manera de compensar los dolores del espíritu y de punir el ofensor – aunque esta última función pudiera tener un carácter secundario y que se discuta, incluso, su cabimiento – si todo eso no pudiera ser transformado en pecunia como forma de reparación. Es bien verdad que esa circunstancia está lejos de caracterizar el *pretium doloris* (precio del dolor), el cual es aún muy criticado bajo el argumento de que no sería moral pretender obtener ventaja económica a partir de un padecimiento de carácter psicológico. Por otro lado, se ha puesto de relieve que es mucho más plausible y justa una condena por daños morales que el hecho de que subsista la impunidad, combatida por todos con tanto vigor en nuestro país.

Además, quien es condenado a reparar los daños a la moralidad de otro debe soportar este encargo, que tiene la doble finalidad, como ya mencionado, de compensar el sufrimiento del ofendido y de promover el castigo del ofensor. No se paga por el

dolor, pero se atribuye al ofendido una cuantía en dinero con objetivo lenitivo, como medio de superación del padecimiento que le fue injustamente infligido y para que pueda recuperar el estado espiritual anterior.

Poco importa el modo por el cual se concretará la recomposición, desde que al ofendido sea traspasado el valor determinado por el Poder Judicial. Si este lo utilizará para un tratamiento psiquiátrico, viajes, diversión, entretenimiento, etc., es un asunto que dice respeto solamente al beneficiado. Tampoco importará el hecho de si él obtuvo o no la deseada recuperación, ya que al juez cabía apenas definir un importe supuestamente suficiente para proporcionar al ofendido una manera de moderar la angustia y el dolor, en general provocado por infracciones a la moralidad.

Algunas veces los daños morales implican en el sentimiento íntimo de depreciación y menoscabo que el sujeto siente ante la comunidad, sin que la sociedad efectivamente promueva cualquier alteración del concepto que tiene sobre el referido individuo. Por esto es que se dice – y con base jurídica – que los daños morales asumen dos connotaciones:

*a) interna:* ocurre cuando el ofendido sufre los efectos del daño apenas en el ámbito subjetivo de su persona, es decir, recibe y soporta todas las consecuencias de la injerencia aflictiva, lo que le disminuye íntimamente como persona y le angustia debido al sentimiento de depreciación que le aflige. Todo esto independientemente de las repercusiones somáticas eventualmente

verificadas, ya que, actualmente, es sabido que el organismo paga por la depresión del espíritu.

b) *externa*: se verifica cuando el individuo es efectivamente atingido, en el medio social en que vive, debido a una lesión ocasionada por otro; se trata de la repercusión negativa de la sociedad ante las circunstancias que pasan a envolver una determinada persona, acarreando igualmente algunos reflejos sobre esta. A título de ejemplo, sería víctima de daños morales con carácter externo aquél que, tras ser acusado de ser un comerciante inescrupuloso que engaña a sus clientes, pasa a ser despreciado por la sociedad en consecuencia de este hecho. Además de la probable disminución de su clientela (que configura daños mixtos, o sea, materiales y morales en conjunto), el simple hecho de verse asolado por la desconfianza de los demás miembros de la comunidad produce daños materiales profundos, que son perfectamente reparables.

Desde el punto de vista interno como del externo, los daños morales son, indistintamente, pasibles de recomposición judicial por medio del pagamento de una cuantía en dinero establecida por el juez. Las características intrínsecas del mal ocasionado, relacionadas a la cuestión de los aspectos objetivos y subjetivos de los daños a la moralidad, no son aptas para, aisladamente, provocar distinciones en la capacidad de reparación de este mal. En fin, es tan afectado el individuo que sufre íntimamente como el que verifica que los efectos de la lesión traspasaron para el medio social en que vive.

### 3.4.3 La posibilidad de acumulación de daños

Las clases de daños pueden, evidentemente, tanto estar aisladas como agrupadas, formando en este último caso un todo que, con las debidas observaciones, se mostrará totalmente independiente en el momento de buscar la recomposición del estado anterior de las cosas.

Los episodios dañosos pueden ocasionar consecuencias nocivas de carácter material y moral en conjunto, como, por ejemplo, en el caso de que en una colisión de vehículos resulten abolladuras en los dos bienes y una deformidad permanente en las piernas de la joven propietaria de uno de ellos. Ocurrirá, de esta forma, una conjunción de las clases de daños, vislumbrándose los de orden material (perjuicio a la estructura de los vehículos y gastos médicos) sumados a los de naturaleza moral (sufrimiento psíquico debido a la deformidad corporal y por su repercusión ante la sociedad, con reflejos previsibles en la portadora). Hay un *minus* patrimonial que se asocia a la depreciación moral, implicando una doble recomposición para aquél que sea considerado el responsable civil por el mal ocasionado.

Cabe también resaltar que la indemnización por los daños materiales en nada se relaciona con la reparación de los daños morales, ya que, cuando llevadas a juicio, una independientemente de la otra. La procedencia de la demanda en lo relacionado a la reestructuración económica, no influye en la decisión a ser proferida

sobre los daños a la moralidad, y viceversa. Ambas pueden ser procedentes o improcedentes, como también alternadamente viables o no. En resumen, la circunstancia de que el hecho generador de los daños sea el mismo evento físico (colisión de vehículos) no tiene ninguna importancia en la definición de cada parcela de la demanda impetrada.

Siempre que se hace referencia al patrimonio de una persona, se está hablando del conjunto de bienes y derechos de expresión económica inmediata y directa, estando excluidos, por lo tanto, los aspectos concernientes a la esfera psíquica del individuo. Muchos autores entienden que la moralidad integra el patrimonio, el contexto económico de su detentor; todavía, aún no se alcanzó una evolución jurídica que permita formular tal afirmación sin que se cause cierta perplejidad, ya que el patrimonio está asociado a elementos definidamente pecuniarios, lo que no se encuadra con los atributos del plan moral de las personas. Por esto, aunque un entendimiento más amplio aceptara su inclusión, la moralidad no sería considerada pacíficamente como un elemento patrimonial, razón por la cual el estudio de los daños morales probablemente permanecerá, aún por algún tiempo, como circunstancia de carácter extrapatrimonial<sup>146</sup>.

---

146 YÁGUEZ (2007, p. 33) menciona una decisión de la STS 1ª, 27.7.2006 (RJ 6548), en la que el Tribunal Supremo español profirió un fallo en el que se ilustra con maestría las principales cuestiones relacionadas al tema en debate: “Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial (aun cuando, insistimos, en un contexto descriptivo, ligado a la llamada a veces concepción objetiva, el daño padecido pueda calificarse como moral, en cuanto está relacionado con la privación de un derecho fundamental), el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba 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.” En la secuencia la Corte afirmó: “No puede, en este

## **CAPÍTULO IV.- NOCIONES ESENCIALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO**

### ***4.1 La creciente búsqueda de la responsabilidad del abogado***

Fue a partir del Código de Napoleón, y a través de él, con la distinción entre culpa delictual y contractual, que se propagó en las legislaciones de todo el mundo la idea de que la responsabilidad civil se basa en la culpa. Con la superveniencia de la Revolución Industrial, las hipótesis de ocurrencia de daños aumentaron vertiginosamente, con el objetivo de resguardar los derechos de las víctimas de las nuevas tecnologías.

---

supuesto, confundirse la valoración discrecional de la compensación (que corresponde al daño moral) con el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción (que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, que puede ser el originado por la frustración de acciones procesales: SSTS de 26 de enero de 199, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006); pues, aunque ambos procedimientos resultan indispensables, dentro de las posibilidades humanas, para atender al principio *restitutio in integrum* [reparación integral] que constituye el quicio del Derecho de daños, sus consecuencias pueden ser distintas, especialmente en la aplicación del principio de proporcionalidad que debe presidir la relación entre la importancia del daño padecido y la cuantía de la indemnización para repararlo”

Inspirado en ese pensamiento, el Derecho en la América del Sur, y en casi todas las partes del mundo, consagró la noción de culpa con base en la responsabilidad civil. Como no podría dejar de ser, el ejercicio de la abogacía acompañó esa posición, ya que está inserido en el contexto. Además, la idea de responsabilidad civil por una mala actuación del abogado atraviesa los siglos, aunque solamente en la actualidad alcanzó una mejor configuración<sup>147</sup>. Hoy sería impropio cualquier debate sobre la viabilidad o no de la responsabilidad civil del abogado, pues esta ya es una materia pacificada en los tribunales, estando consagrado el deber de indemnizar siempre que de la actividad del profesional resulten daños provocados culposamente<sup>148</sup>.

La mayoría de los autores que tratan del tema adoptan la misma posición, en especial cuando se observa que la morosidad de la tramitación de los procesos no se debe apenas a la existencia de un enmarañado de leyes, pero también se debe, y en muchas veces en un alto grado, al *modus operandi* de los profesionales del área.

---

<sup>147</sup> MIRANDA SUÁREZ (2007, p. 15) dispone sobre el tema: “La responsabilidad del abogado es tan antigua como la existencia de la profesión. Cuerpos legales de antigua data ya contemplaban algunas normas, como el Código de Justiniano, Libro IV, Tit. XXV, Ley 5, o Las Ordenanzas Reales de Castilla, Libro II, Tit. XIX, ley 12, conforme a la cual ‘si por negligencia e ignorancia del abogado, que se pueda colegir de los actos del proceso, la parte a quien ayudare perdiere su derecho, tenía que pagar a su defendido por el daño que le causó, con costas, y en juicio breve’. Pese a ello, hasta hace poco tiempo se seguía discutiendo si el abogado era sólo responsable éticamente por su desempeño profesional, o si acaso también lo era civilmente. En Argentina, Rafael Bielsa sostuvo por ejemplo que la responsabilidad profesional del abogado es simplemente moral y no jurídica”.

<sup>148</sup> BIELSA (1980, p. 98) afirma que la culpa del abogado es un requisito para su responsabilidad civil: Máxime teniendo en cuenta que la crisis del servicio de justicia tiene mucho que ver con el modo de cumplir su función por parte de abogados y jueces, con la pericia y diligencia desplegadas, atento a que el desconocimiento del saber jurídico o la negligencia o imprudencia en su aplicación redundan en graves fallas en aquel servicio.

El ordenamiento jurídico interno de los países miembros del Mercosur evita disciplinar directa y exhaustivamente la responsabilidad civil del abogado, limitándose a editar normas de carácter genérico acerca del deber de indemnizar. Sin embargo, es posible extraer del reglamento referente a la responsabilidad civil en general – el cual se asocia a algunos principios vinculados a la actuación de los profesionales liberales – algunas conclusiones sobre el deber de indemnizar – como también las hipótesis de cabimiento – que recaen sobre el profesional de la abogacía y en su actuación ante su cliente. Ante esto, el examen de la responsabilidad civil del abogado no presenta grandes distinciones si analizamos la estructura normativa de cada uno de los países que componen el Mercosur. En verdad, el estudio del panorama jurídico brasileño posibilita una adecuada visión de lo que se pasa en los demás países sudamericanos.

En los Estados Unidos la situación también viene sufriendo un visible agravamiento, especialmente en cuanto a la creciente búsqueda por la responsabilidad de los abogados en virtud de su mala actuación (legal malpractice). La principal entidad que congrega a los profesionales del área (American Bar Association), por medio del Standing Committee on Lawyers' Professional Liability, divulgó algunos datos verdaderamente preocupantes. Conforme un estudio realizado entre 1990 y 1995, que utilizó como fuente las compañías de seguro, ocurrieron 4.147 procesos judiciales en contra abogados (21,65%) que se dedicaban a pleitear en nombre de sus clientes la indemnización por daños personales. Otras 2.750

situaciones (14,35%) apuntaban como demandados a los abogados que actuaban en el ámbito inmobiliario. Con actividades relacionadas al ámbito del derecho comercial y al de los negocios aparecieron como reos abogados que constituían 10,66% del total. Con relación al área del derecho de familia, 9,13% de los procesos eran en contra abogados. Los profesionales dedicados a acciones de cobro y a bancarrotas respondieron por 7,91% de las demandas en contra los abogados en este período. Las acusaciones más frecuentes en contra los abogados fueron: desconocimiento e inadecuada aplicación de la ley (11%), error de procedimiento (11%), falta de una investigación correcta y de un estudio sobre los antecedentes de la hipótesis presentada (10%), falta de obtención del consentimiento del cliente (10%) y retraso en la tramitación de los intereses (9%)<sup>149</sup>.

Se puede claramente verificar la ocurrencia de ese fenómeno en toda Europa, como también en los demás países que adoptan la teoría de la responsabilidad civil objetiva como sustrato para imputar, a los profesionales liberales, el deber de indemnizar los perjuicios ocasionados al contratante de los servicios<sup>150</sup>. Esta tendencia es irreversible, y lo que cabe ahora es intentar

---

<sup>149</sup> MIRANDA SUÁREZ (2007, p. 20), en cuanto a los motivos que llevan a ese significativo aumento en la búsqueda de reparación en contra los abogados, afirma: “Sostengo que la causa está en el momento de auge extraordinario en materia de responsabilidad civil, que comienza a alcanzar a otras profesiones, en una tendencia que cruza todo el espectro de las actividades humanas, y que es, por una parte, la permanente búsqueda de responsabilidad, y por otra parte, la nula disposición a asumir responsabilidad por los propios actos, en una sociedad en la que un número creciente de personas se considera víctima de actos ajenos. La obligación de reparar el daño causado, esencia de la responsabilidad civil, surge como necesidad imperiosa frente al ejercicio profesional negligente, pero en nuestro país seguimos indiferentes frente a esta realidad, enfrentados a un círculo vicioso, en que la falta de adecuados instrumentos coactivos éticos y judiciales, lejos de desincentivar la mala práctica, la incentivan.”

<sup>150</sup> SOARES, 1996, p. 149.

perfeccionar este instituto buscando una adecuada regulación, ya que aún presenta serias lagunas.

Así como cualquier persona, que ocasiona daños a otro y queda obligada a reparar, el abogado también se encaja en esta regla general, debiendo subsanar los perjuicios ocasionados al cliente en el ejercicio de su actividad profesional. Eso engloba tanto a los daños emergentes como a los lucros cesantes, como también a los daños a la moralidad que puedan derivar de la conducta ilegítima. Sin embargo, es necesario analizar con extrema cautela las hipótesis concretas sometidas al análisis del Poder Judicial, como también el conjunto abstracto de situaciones que podrían suscitar la idea de indemnización o reparación, esto con el objetivo de evitar la multiplicación desmedida de los intentos de responsabilizar a los abogados en situaciones que no presentan una rigurosa sustentación jurídica.

Cabe observar que actualmente estamos ante un complejo fenómeno de proliferación de las hipótesis teóricas de reparación, bajo el pretexto de buscarse un pretense equilibrio resarcitorio. Eso se verifica a través de la indicación de las más variadas exigencias políticas, sociales y económicas. Estas hipótesis en lo más de las veces son poco o nada satisfactorias, pues no logran representar el sistema reparador en su esencia y función técnica. De esto surge la necesidad de crear un mecanismo capaz de distinguir las situaciones de efectiva responsabilidad civil de otras que, en el ámbito de la abogacía, se encuentran dentro del área de actuación del profesional, e incluso dentro de la esfera de relativa libertad para

elegir el mejor camino a ser seguido en una determinada situación de hecho<sup>151</sup>.

En el ámbito de la responsabilidad civil del abogado, todo lo que provocar un distanciamiento de las circunstancias que integran las obligaciones profesionales o la infracción a los deberes profesionales – considerando el punto de que se está hablando de una responsabilidad subjetiva de índole contractual – implicará en la obligación de indemnizar los daños derivados de la omisión de la diligencia debida en la prestación de los servicios profesionales. Se analizará, en cada situación concreta, las normas aplicables y las particularidades del contexto. En el caso de haber relación de causalidad entre la conducta del abogado y el daño, surgirá la responsabilidad y se evidenciará la obligación de repararlo<sup>152</sup>.

#### **4.2 Elementos constitutivos de la imputación subjetiva**

Dentro de la responsabilidad civil en general y también en la que dice respeto al abogado, los juicios de previsibilidad y evitabilidad del daño son considerados elementos constitutivos de la imputación subjetiva. En el ordenamiento jurídico español, es el art. 1.105 del Código Civil que aborda la cuestión: “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”. El

---

<sup>151</sup> MARTINI, 1983, p. 86.

<sup>152</sup> MARTÍ MARTÍ, 2007, p. 79.

juicio de previsibilidad consiste en un test en el que se pregunta si el sujeto que ocasionó el daño podría haber previsto o no las consecuencias de su conducta positiva o negativa. Habrá culpa no solamente en el caso en que el sujeto debía prever el daño que podría resultar de determinada actividad y no lo hizo, pero también cuando, con base en las reglas ordinarias de la experiencia humana o debido a las particulares circunstancias del contexto, era razonable que él previera la ocurrencia de un hecho o de un evento dañoso. Si este cuadro no se verifica, no existirá culpa, y por consiguiente, la responsabilidad civil objetiva<sup>153</sup>.

Exceptuando los casos específicamente mencionados, el Código Civil español define la responsabilidad con base en un criterio subjetivo de imputación: el dolo o la culpa. En efecto, el art. 1.101 determina que se somete al deber de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados todo aquel que, al cumplir sus obligaciones, incurra en dolo, negligencia o morosidad, o que, de cualquier modo, se contraponga al tenor de estas obligaciones. El art. 1.902, por otro lado, con su formulación genérica que abarca la responsabilidad aquiliana, estipula que está obligado a reparar el daño todo aquel que por acción u omisión lo provoca, actuando con culpa o negligencia. El art. 1.902 no menciona el dolo, pero es tan obvia la imputación por esta causa que no merece la pena discutir las

---

<sup>153</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, p. 209-211, considera que el juicio de previsibilidad también determina la intensidad del elemento subjetivo. El dolo implica en la asunción, por el sujeto, de la máxima probabilidad del resultado, que es por él deseado. En la culpa lata y en el dolo eventual, el autor no desea el daño, pero asume la posibilidad de que exista una elevada probabilidad de que este ocurra. En la culpa levísima, la previsibilidad del resultado es casi inexistente y totalmente nula en el comportamiento diligente. Por eso, el juicio de previsibilidad no determina solo la imputabilidad subjetiva, pero también la extensión del daño que es pasible de resarcimiento. Este cuadro se verifica tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual.

razones de esta omisión, que, en verdad, se encuentran en los arts. 1.089, 1.092 y 1.093. Conforme el Código español, las conductas dolosas originan la responsabilidad por hechos ilícitos, cuya solución civil es remetida para el ámbito penal. El civil solamente se ocupa de las conductas culposas<sup>154</sup>.

Cabe destacar que ninguna de las normas del Código Civil español, que tratan de la responsabilidad extracontractual, elabora un concepto de culpa. Todavía, también tiene validez en este ámbito, y de esta forma lo entienden la doctrina y la jurisprudencia, la noción de culpa o negligencia existente en el art. 1.104 de este mismo Código: “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. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”. En verdad, el tenor de la norma indica que la culpa y la negligencia son tratadas casi como sinónimos, cabiendo resaltar que el concepto de culpa está formulado de una manera negativa. Transmudándose el contenido del art. 1.104 para el plan de la responsabilidad civil extracontractual, la culpa se configuraría como la omisión, sin intención de lesionar, de la diligencia exigible. Esta diligencia sería toda aquella la que se podría exigir de una persona normal<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, pág. 204.

<sup>155</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, p. 205.

La realidad fáctica demuestra que la mayoría de las reclamaciones en contra abogados, en las que se busca la reparación judicial de los daños, no se funda en la inobservancia de los plazos para el enjuiciamiento de demandas o interposición de recursos. Lo que ocurre son reclamaciones sobre una actuación culposa del profesional relacionada con cuestiones secundarias, es decir, acerca de actos u omisiones que configuran imprudencia, negligencia o impericia en el deber de conocer la ciencia jurídica y los elementos del derecho aplicables al caso concreto<sup>156</sup>. Ese contexto también se verifica en España, donde las decisiones judiciales indican que la responsabilidad de los abogados ocurre, en general, debido a problemas relacionados con una mala actuación judicial de estos<sup>157</sup>.

Tanto la inercia en ejecutar los actos que deberían ser practicados, como su intempestiva inserción en los autos son una fuente potencial de daños que se puede atribuir a los abogados. Es bien verdad que la prueba del error y de la culpa en la acción es mucho más factible en las situaciones en que existió objetivamente una omisión del profesional en el cumplimiento de los plazos, ya que se trata de un elemento que puede ser constatado inmediatamente. Ya en el caso de errores relativos a la aplicación del derecho y al manejo de algunos aspectos de la ciencia jurídica, la prueba es mucho más complicada, pues, muchas veces, esta

---

<sup>156</sup> YÁGÜEZ, 2007, p. 18.

<sup>157</sup> CRESPO MORA (2006, p. 27) afirma: “Estadísticamente, en los tribunales españoles los casos más frecuentes de responsabilidad de los abogados aparecen ligados a la actividad procesal desarrollada por los mismos. Si se revisa la jurisprudencia recaída sobre el tema, puede comprobarse que son muy variadas las actuaciones de los letrados que han provocado su responsabilidad civil.”

envuelve elementos que dicen respeto a un juicio subjetivo del abogado sobre la oportunidad y conveniencia de su utilización.

Además de esto, si existen para una misma situación diversos caminos recomendados por la doctrina y por la jurisprudencia, y el profesional utiliza razonablemente cualquiera de estos, estará exento de responsabilidad civil. Si esto no fuera así, el ejercicio de la abogacía se haría inviable, ya que no se trata de una ciencia exacta y sí humana, y que, por lo tanto, presupone que exista un cierto grado de discrecionalidad del abogado para optar por el camino a ser seguido.

En Brasil, el Estatuto de la Abogacía establece, en el plan administrativo, que una reiterada ocurrencia de errores caracteriza infracción disciplinar. Además de esto, afirma que el abogado es responsable por los actos que, en el ejercicio profesional, practicar con dolo o con culpa (art. 32). Sin embargo, el citado estatuto no estableció un mecanismo específico de reparación, que posibilite diferenciar estos casos cuando confrontados con situaciones comunes. Luego, la regulación procesal del tema queda a cargo de las normas ordinarias del Código Procesal Civil, mientras que los aspectos sustantivos son regulados en el Código Civil.

En España también se puede verificar la ocurrencia de reclamaciones contra los profesionales de la abogacía, siendo que la apertura legislativa para que pudiesen ocurrir iniciativas de este tipo, incluso en el plan penal, se dio especialmente debido a una reiterada actuación de los clientes contra los abogados que habían

contratado<sup>158</sup>. El Derecho español tipificó como delito en el Código Penal, entre otros, los siguientes actos u omisiones del abogado: a) ausencia voluntaria y sin justa causa del profesional ante un juzgado o tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional (art. 463.2); b) destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones de los que haya recibido traslado en calidad de abogado o apoderado (art. 465); c) revelación de actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial (art. 466.1); d) violación de secreto profesional (art. 199); e) defensa o representación de una persona, en caso de ya haber asesorado o defendido la parte contraria, sin el consentimiento de esta (art. 467.1).

El código penal brasileño también presenta algunas previsiones de este tipo: a) traicionar en calidad de abogado o apoderado el deber profesional, perjudicando intereses a los cuales debería defender judicialmente (art. 355), para el que se establece una pena de detención de 6 (seis) meses a 3 (tres) años y multa; b) defender, en la misma causa, simultánea o sucesivamente, partes contrarias (párrafo único del art. 355), teniendo la misma pena del delito antes mencionado; c) inutilizar, total o parcialmente, o dejar

---

<sup>158</sup> CRESPO MORA (2006, p. 40) afirma:” Quizá fue el propio legislador español el que, de alguna forma, abrió la veda para lo que algunos han denominado «la caza del abogado». Así, la promulgación del Código Penal de 1995 provocó la tipificación de conductas que tradicionalmente habían sido reprimidas sólo en el plano deontológico o, a lo sumo, en el civil. Sirva como ejemplo el apartado segundo del artículo 467 del CP, que atribuye consecuencias penales. De hecho, la STS de 17 de noviembre de 1995 es la primera sentencia estimatoria de responsabilidad contractual del abogado de la que tenemos noticia. Evidentemente, de la inexistencia de sentencias de fechas anteriores no se infiere que los abogados se comportaran de forma diligente y conforme a los criterios de la *lex artis*. En el plano civil, lo habitual era que los clientes perjudicados por la actuación negligente del abogado se limitaran a cerrar acuerdos económicos con su compañía aseguradora. En cualquier caso, dichos acuerdos apenas reflejaban el coste que les había supuesto el proceso frustrado por el letrado.”

de restituir actuaciones, documento u objeto con valor probatorio, que recibió en la calidad de abogado o apoderado (art. 356), cuya pena es igual a las mencionadas.

La responsabilidad del abogado no existe solamente en el ámbito criminal, pero también en el civil. Esto se verifica a partir de una actuación culposa o dolosa. No cabe debatir el grado de la culpa, ya que es suficiente la demostración de que esta está presente para que exista la obligación de reparar. No es necesario que exista un error manifiesto o la absoluta falta de competencia para que se responsabilice el profesional, siendo suficiente la prueba de la culpa, en cualquier grado o modalidad<sup>159</sup>.

El derecho del cliente se configura, en su aspecto básico, en la expectativa de que el abogado actúe dentro de una perspectiva de normalidad, es decir, en resumidas cuentas, que el contratante espera que este desarrolle adecuadamente las actividades para las cuales fue contratado. La idea de incumplimiento de las obligaciones asumidas por el abogado surge a partir del momento en que este deja de cumplir cualquier de los deberes legal o contractualmente impuestos. Habrá, entonces, desde el punto de vista jurídico, un seguimiento anormal y patológico de la relación establecida.

Verificado el error del abogado, y considerando el hecho de que es posible su demostración en juicio, se hace necesario evaluar las consecuencias del no cumplimiento del deber que recaía sobre

---

<sup>159</sup> REPRESAS (1996, p. 132) afirma que en el caso concreto de los profesionales, la antijuridicidad puede producirse por una violación específica de las normas especiales, referentes al ejercicio de la profesión en cuestión, que establecen deberes (positivos) de conducta o modos de actuar, o determinen prohibiciones (deberes negativos).

el profesional. Evidentemente, la falta del abogado no puede ser utilizada por el cliente como un elemento para invalidar los actos – procesales o no – practicados durante la representación. El vínculo privado surgido entre el cliente y el abogado es, por lo tanto, extraño al vínculo procesal o a las actividades extraprocesales realizadas ante terceros. Cabe decir que la pérdida de un plazo, la actuación descuidada y todas las demás situaciones que caracterizan el no cumplimiento del contrato, no perjudican a los intereses ajenos y tampoco interfieren en el desarrollo de los procesos, cuya tramitación se da con base en principios de orden público.

Lo que existe es el incumplimiento contractual, y como consecuencia, la práctica del ilícito civil *lato sensu*. Los reflejos del incumplimiento afectan apenas a los celebrantes, debido al vínculo de naturaleza privada que constituyeron en el momento de celebrar el pacto. Luego, la composición de los daños a favor del cliente es un corolario lógico y jurídico de esta ecuación, debiendo el abogado soportar la responsabilidad resultante de su actuación culposa o dolosa.

Conforme ya mencionado, el ordenamiento jurídico brasileño no se ocupó de la disciplina específica de la responsabilidad civil de los profesionales liberales, y tampoco, obviamente, de la que dice respeto al abogado. Todavía, es posible extraer de las normas en general – fundamentalmente del Código Civil, del Código Procesal Civil, del Código de Defensa del Consumidor y de las normas disciplinarias - los preceptos aplicables a la actividad de abogacía.

### **4.3 La tendencia de universalización de los presupuestos de la responsabilidad**

Partiéndose de lo que fue mencionado, es posible percibir que la responsabilidad civil del abogado no cambia, en el derecho comparado, en lo que se relaciona a sus cuatro presupuestos o elementos esenciales: a) un hecho que infringe un deber jurídico de conducta impuesto por el ordenamiento (antijuridicidad o ilicitud); b) la provocación de una ofensa al derecho ajeno; c) la relación de causalidad entre el hecho y el daño provocado; d) la presencia de un factor que permita atribuir la responsabilidad al profesional<sup>160</sup>.

La antijuridicidad o ilicitud se traduce en una actuación que hiere el derecho objetivo puesto, es decir, afronta cualquier de los deberes del abogado en el ejercicio de su profesión, previstos en el ordenamiento jurídico. En el caso de la responsabilidad civil de naturaleza contractual, establecida entre el abogado y el cliente en un acuerdo de voluntades, la ilicitud resulta de la inobservancia de las obligaciones asumidas por los interesados. Esas obligaciones les vinculan y tienen fuerza de ley, posibilitando a la víctima del incumplimiento, que sufre la lesión, proponer una acción judicial buscando reponer el estado inicial de las cosas. Si la situación generadora de responsabilidad es extracontractual, la antijuridicidad ocurre con la afronta a la ley en sentido material, independiente de la existencia de un acierto volitivo previo. Cuando se habla de ley,

---

<sup>160</sup> REPRESAS, 2003, p. 11.

se está haciendo referencia a cualquier regla de conducta que esté en la legislación, sea de carácter general, porque vincula a todos, sea específicamente dirigida a la abogacía. El sustrato de la responsabilidad del abogado será, en este caso, la determinación amplia y universal de que nadie podrá perjudicar el derecho ajeno, bajo pena de tener que reparar los daños provocados.

En principio este mismo criterio también puede ser aplicado al ámbito extracontractual, de forma que el modelo de diligencia se basa en aquella practicada por el hombre medio, sin que sea exigible una diligencia extraordinaria. En el plan de la actividad profesional, eso se traduciría en la aplicación del principio de proporcionalidad, según el cual el deber de diligencia encuentra su límite en la desproporcionalidad entre el coste de adopción de determinadas medidas de prevención y la probabilidad de que se produzca un daño relevante<sup>161</sup>.

Aunque se va a tratar de la relación de causalidad más adelante, en un tópico específico, cabe, en el momento, hacer algunas referencias a ese importante elemento de la responsabilidad civil. Para la existencia de la responsabilidad es necesario que exista un vínculo pertinente entre la conducta del abogado y el daño experimentado por el cliente. En otras palabras, habrá relación de causalidad siempre que la consecución del resultado lesivo depender de aquella singular conducta realizada por el profesional demandado. Si el daño fuera a ocurrir de todas

---

<sup>161</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, pág. 205.

las formas, independientemente de la intervención del abogado, a este no se podrá atribuir la obligación de reparar, ya que su comportamiento no habrá sido capaz de originar el efecto lesivo. Así, si el abogado pierde el plazo para presentar un recurso, o simplemente deja de llevarle ante un juicio, ningún deber de reparación existirá, siempre que se constate que la eventual iniciativa de recurrir no iría traer ninguna ventaja para el cliente, debido a la clareza con que se definió la materia, de forma contraria a sus intereses, en la sentencia definitiva.

Sin embargo, el tema exige un análisis un poco más detenido, pues se trata de un profesional que debe observancia a la *lex artis*, es decir, al conjunto de cánones relativos al ejercicio de la profesión, que involucran aspectos legales, morales, éticos y accesorios. Es necesario observar con igual atención la circunstancia de que el abogado es quien tiene el poder - lo que implica la coexistencia del correspondiente deber – de optar por el mejor camino para alcanzar la solución para los intereses del cliente. No es este, pero si el profesional, quien define los rumbos de la actividad contratada. Eso se da porque el ejercicio de la abogacía implica conocer la ley, la doctrina, la jurisprudencia y todos los demás aspectos que envuelven el desarrollo de una estrategia segura para la protección del derecho de quien contrata el abogado<sup>162</sup>. La relación de causalidad entre la conducta

---

<sup>162</sup> REPRESAS (2003, pág. 17) aborda ese delicado aspecto: “En general se acepta que la prueba de la existencia de una relación causal adecuada entre la conducta del abogado y el daño queda a cargo del damnificado. Pero ello no es así en los casos de las llamadas ‘presunciones de causalidad’, en los que es en cambio el sindicado como presunto responsable quien debe demostrar la inexistencia del vínculo causal para poder eludir tal responsabilidad, es decir, acreditar que el daño provino de otra causa ajena con relación a él: un caso fortuito, el hecho de un tercero extraño, el comportamiento de la propia víctima;

considerada lesiva y el daño propiamente dicho será examinado en cada situación concreta, siendo de cierto modo precipitado definir su incidencia con base en fórmulas previamente ideadas en abstracto.

En relación al factor de atribución de la responsabilidad al abogado, es necesario que sea un elemento suficientemente fuerte para implicar la vinculación del abogado al deber de indemnizar. Dicho factor puede tener carácter subjetivo u objetivo, pero normalmente se consolida en la existencia de culpa y, aún más, del dolo. Es por medio del examen del acontecimiento lesivo y de sus circunstancias que se llega a un juicio de culpabilidad o inocencia del profesional demandado.

#### **4.4 La definición de la culpa del abogado**

##### **4.4.1 Elementos de configuración**

Al desempeñar sus actividades, el abogado debe actuar con mucha diligencia en el desarrollo de las cuestiones que le fueron confiadas por el cliente. Debido a la naturaleza de su función, que está permeada de interés social, el deber de cautela impuesto al profesional de la abogacía es amplio. Eso no significa que tenga que alcanzar los resultados esperados por el contratante, pero sí,

---

por cuanto entonces no existirá responsabilidad en razón de no mediar una relación de causalidad adecuada entre el hecho en sí y el perjuicio sufrido por el damnificado. Esto último es lo que sucede en distintos casos de responsabilidad ‘objetiva’ y en las denominadas ‘obligaciones de resultado’, que a veces son asumidas por los abogados, las que encajan sin duda dentro del marco conceptual de aquel tipo de responsabilidad.”

que el esfuerzo realizado, tanto en el empleo de la técnica adecuada, como en la observancia de los plazos o en la actuación en audiencia, etc., corresponda a las expectativas del cliente y a los dictámenes legales.

Existe un entendimiento, pacificado en la doctrina, de que la responsabilidad civil del abogado está construida alrededor de los elementos que tradicionalmente caracterizan la responsabilidad subjetiva: daño, culpa y relación de causalidad. Se exige del profesional que conozca y respete las obligaciones propias de su actividad, cuyo incumplimiento negligente puede llevar a la referida reclamación de responsabilidad. Cabe destacar que el profesional liberal queda sometido a los riesgos de la responsabilidad civil a partir del momento en que incumple las obligaciones ajustadas con el tomador de sus servicios, o también aquellas que derivan de la propia naturaleza de la actividad desempeñada<sup>163</sup>.

El abogado tiene el deber de actuar conforme las normas legales, doctrina y jurisprudencia, pues se trata de una actividad que exige la apreciación no solo de la ley en sí, pero también la sistematización de los preceptos normativos, fácticos y jurídicos de las cuestiones debatidas<sup>164</sup>.

---

<sup>163</sup> REPRESAS (2003, p. 32) enseña: “A su turno, la responsabilidad civil profesional es aquella en la que pueden incurrir quienes ejercen una determinada profesión, al faltar a los deberes específicos que la misma les impone, o sea que es, en suma, la que deriva de una infracción típica de ciertos deberes propios de la actividad profesional de que se trate, ya que es obvio que quien se desempeña en una profesión debe poseer los correspondientes conocimientos teóricos y prácticos, y obrar con ajuste a las reglas y métodos pertinentes con la necesaria diligencia y previsión. Ergo, en lo primordial, nada hay en la responsabilidad profesional que difiera de los principios básicos de la responsabilidad civil en general, sin perjuicio de las particularidades propias o matices diferenciales que en cada concreto supuesto puedan presentarse.”

<sup>164</sup> ANGEL YÁGÜEZ (2007, p. 24) afirma: “El profesional contratado, ante la pretensión perseguida por quien requiere de sus servicios, tiene que desplegar un asesoramiento y plasmarlo en actuaciones que se han de atemperar a los dictados legales, líneas jurisprudenciales e incluso estado de la doctrina científica, pues no podemos olvidar que nos movemos en una ciencia que no ostenta el adjetivo de exacta y donde la

Incumbe al contratante, que aduce haber sido perjudicado, el deber jurídico y procesal de soportar la correspondiente carga probatoria, debiendo probar tanto la existencia del daño indemnizable, como la relación necesaria entre la conducta del abogado y su efectiva provocación<sup>165</sup>. La falta de diligencia, de prudencia, o de pericia necesita ser cabalmente demostrada, pues a partir de ella se extrae la conclusión acerca del no cumplimiento de las obligaciones impuestas al abogado<sup>166</sup>.

El abogado parte de un punto inicial en que se presume haber actuado con la cautela indispensable, pues la obtención del título de licenciado y la inscripción en la respectiva entidad de clase le

---

complejidad muchas veces nace tanto de la insuficiencia normativa, o de la oscuridad o confusión de los textos legales, así como de las prolijas modificaciones legislativas, que requieren en innumerables ocasiones una labor interpretativa por los profesionales del Derecho, acertada o no, sin que por ello en este último caso signifique la aparición de culpa del abogado asesor. En todo caso, es exigible que tal actuación de encauzamiento de la pretensión del cliente se efectúe con rigor y fundamento, pues cuando se obvian y prescinda de tales pautas, da lugar a comportamientos graves y palmarios significativos de tal negligencia.”

<sup>165</sup> CARRETERO SÁNCHEZ (2006, p. 27) observa, en respeto al asunto: “Por tanto, y ya en sede de su responsabilidad, todo lo que suponga un apartamiento de las circunstancias que integran esa obligación o infracción de esos deberes, y partiendo de que se está en la esfera de una responsabilidad subjetiva de corte contractual, en donde no opera la inversión de la carga de la prueba, será preciso, pues, como "prius" en ese juicio de reproche, acreditar la culpabilidad, siempre y cuando quepa imputársela personalmente al abogado interviniente (sin que se dude que, a tenor del principio general del art. 1214 en relación con el 1183 C.c. 'a sensu' excluyente, dentro de esta responsabilidad contractual, será el actor o reclamante del daño, esto es, el cliente, el que deba probar los presupuestos de la responsabilidad del abogado, el cual "ab initio", goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional), sin que, por ello, deba responderse por las actuaciones de cualquier otro profesional que coadyuve o coopere a la intervención” (Tribunal Supremo español, sentencia del 12 de diciembre de 2003, *apud* Santiago Carretero Sánchez, La obligación del abogado en su responsabilidad civil: obligación de medios, *in* [www.porticolegal.com](http://www.porticolegal.com)).

<sup>166</sup> REPRESAS (2003, p. 38), sobre la culpa en el Código Civil argentino, que, en lo demás, se encuadra en las clásicas definiciones del instituto, afirma: “La culpa, a su turno, puede presentarse bajo distintas formas. Como negligencia, que es en verdad lo específicamente contemplado en la mencionada definición del artículo 512 del Código Civil, la que consiste en la omisión de cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso, es decir: no se hace o se hace menos de lo debido. Como imprudencia, cuando por el contrario se obra precipitadamente, sin prever cabalmente las consecuencias de ese obrar irreflexivo: se hace lo que no se debe, o en todo caso más de lo debido. Y, específicamente con relación a los profesionales, como impericia o desconocimiento de las reglas y métodos propios de la profesión de que se trate, ya que, según se dijera, todos los profesionales deben poseer los conocimientos teóricos y prácticos pertinentes y obrar con previsión y diligencia con ajuste a los mismos.”

confieren tal prerrogativa. Sin embargo, esta situación no es distinta de cualquier otra en la que el supuesto perjudicado debe probar la ocurrencia de culpa en la provocación del daño. La situación del abogado tampoco es mejor o peor si comparada con cuadros similares, ya que la inversión de la carga de la prueba no tiene aplicabilidad cuando se trata de una relación pactada entre el contratante y el profesional liberal<sup>167</sup>.

La conducta que se exige del abogado es aquella compatible con la de un profesional consciente de la tarea asumida. Cuando alejarse de este parámetro y, actuando con culpa, ocasionar daños al cliente, quedará obligado a repararlos cabalmente. Tratándose de abogados, por lo tanto, el criterio general de adecuación de la conducta a la de un buen padre de familia pierde espacio para el criterio del buen profesional, que debe aplicar en su trabajo todas las cautelas inherentes a su especialidad<sup>168</sup>. Se evidencia, así, el hecho de que la verificación de la culpa del profesional no ocurre con base en la conducta del buen padre de familia, pero si en la del buen abogado<sup>169</sup>, o sea, de aquél que cuida de los intereses ajenos

---

<sup>167</sup> El Tribunal Supremo de España, en la Sentencia n. 729/2007, de 07 de febrero de 2007, así se pronunció: “Dentro de esta responsabilidad contractual, será el actor o reclamante del daño, esto es, el cliente, el que deba probar los presupuestos de la responsabilidad del abogado, el cual "ab initio", goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional. (...) La obligación del Abogado, de indemnizar los daños y perjuicios ha de surgir de la omisión de la diligencia debida en la prestación de sus servicios profesionales atendidas las reglas técnicas de su especialidad comúnmente admitidas y las particulares circunstancias del caso y teniendo en cuenta que una vez acreditado el nexo causal entre la conducta del letrado y la realidad del daño, emergerá la responsabilidad de aquél y su obligación de repararlo, sin que, por lo general, ese daño equivalga a la no obtención del resultado de la pretensión confiada o reclamación judicial: evento de futuro que, por su devenir aleatorio, dependerá al margen de una diligente conducta del profesional, del acierto en la correspondencia del objetivo o respuesta judicial estimatoria o, en otras palabras, la estimación de la pretensión sólo provendrá de la exclusiva e intransferible integración de la convicción del juzgador.”

<sup>168</sup> AVRIL, 1981, p. 11.

<sup>169</sup> REPRESAS, 1996, p. 162.

como si fueran propios. Eso vale tanto para los abogados que actúan en un área específica (como por ejemplo la civil), como para los que se dedican a una actuación genérica dentro del Derecho, asumiendo todo tipo de causas. Observándose, por obvio, las exigencias que puedan razonablemente ser realizadas en relación a una u otra especie de abogacía.

No se distingue en el examen de la culpa del abogado, si este actúa con especificidad en un área determinada o si es un abogado generalista. Lo que importa, en verdad, es que al asumir la causa presentada por su cliente el profesional queda ligado a deberes determinados, que no sufren grandes variaciones conforme el tipo de actividad desarrollada. Si, por ejemplo, una determinada acción civil es iniciada por un abogado de derecho laboral, el nivel de exigencia que sobre él recaerá será el aunque sobre un especialista. Además, compete al abogado examinar el tema y decidir si este está o no dentro de su alcance y competencia. Quien acepta el encargo, responde por los daños que, con culpa, ocasionar al cliente, siendo o no especializado en el asunto, no habiendo aquí ninguna diferencia en la determinación de la responsabilidad<sup>170</sup>.

---

<sup>170</sup> MONTERROSO CASADO (2007, p. 35), en sentido contrario, asevera que este nivel de diligencia no será el mismo en el supuesto de que nos encontremos ante un especialista (por ejemplo, un abogado laboralista, mercantilista, penalista o canonista) que ante un abogado generalista. Si bien, en este último caso, podría existir responsabilidad, si no remite a un colega el asunto cuando no se encuentra capacitado en función de sus conocimientos y dedicación profesional; sin olvidar tampoco el deber de reciclaje de sus conocimientos jurídicos, exigido en este tipo de profesión.

#### **4.4.2 Cuestiones relacionadas al grado y a la concurrencia de culpas**

Es también imprescindible observar la cuestión relacionada con el grado de culpa (lata, leve o levísima), que, conforme a una importante corriente del pensamiento jurídico, no interfiere en la definición de la responsabilidad civil, teniendo utilidad, sin embargo, con base en las circunstancias concretamente examinadas, para aumentar o reducir la extensión económica de la obligación impuesta. Se aplica especialmente a los casos de reparación de los daños a la moralidad, casos en que el juzgador debe, conforme a su prudente arbitrio, cuantificar el encargo económico del responsable, ya que no existe ningún tipo de indicador o elemento legal destinado a fijar el valor debido.

No obstante, hay una parte de la doctrina que adopta una posición distinta, afirmando que la responsabilidad del abogado depende de la prueba de existencia de la culpa grave, y no apenas de cualquier culpa de menor expresión. Gladston Mamede, siguiendo una afirmación de Sodré, dice que “la negligencia no se encuadra en el concepto de culpa grave. En esta solo se integran el error inexcusable o el dolo. La culpa grave, en su sentido lato, abarca la noción de dolo. Ya el error inexcusable est  englobado en la culpa, siendo esta considerada su aspecto restricto.” Señala también que “la simple negligencia no es motivo suficiente para la responsabilidad civil, pues es de difícil comprobación. Digamos que se busque culpar como negligente el abogado que dejó de utilizar un recurso permitido. El hecho puede ser evidente, pero la causa

que lo determinó puede ser excusable, en el caso de, por ejemplo, el abogado entender que este recurso sería inútil porque contraría la jurisprudencia, y que no llevaría a ningún resultado práctico, aumentando aún más los dispendios del cliente.” La postura más común es, sin embargo, la de que el grado de culpa puede interferir en la definición del *quantum debeatur*, pero no en la formación de la responsabilidad, que tiene en la culpa su elemento nuclear<sup>171</sup>.

En los casos en que el profesional actúa con culpa, pero el cliente también contribuye para que ocurra el resultado final dañoso, es posible la configuración judicial de la concurrencia de culpas y de la consecuente distribución de la indemnización por los perjuicios ocasionados. La intervención de la víctima en el hecho lesivo constituye una circunstancia relativamente frecuente. En el caso de que esa intervención configure un aporte causal decisivo, y, además, la operación de la imputación subjetiva tenga como resultado un exclusivo juicio de reprobación, se considera que el daño debe ser soportado exclusivamente por la víctima.

Se trataría, así, de la denominada *culpa exclusiva de la víctima*. Sin embargo, cuando tanto la imputación objetiva como la subjetiva se dividen entre la víctima y el demandado, también se hace necesaria la distribución de la carga del daño entre una y otro. Ese cuadro es conocido por distintas denominaciones, siendo las más comunes las expresiones concurrencia de culpas y compensación de culpas<sup>172</sup>.

---

<sup>171</sup> XAVIER MILANEZI, 2007, p. 05.

<sup>172</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, pág. 400.

Los tribunales brasileños confirman, aunque con cierta precaución debido a las particularidades de cada situación concreta, la hipótesis de la culpa concurrente entre el abogado y la persona que le contrató<sup>173</sup>.

De manera distinta de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, la concurrencia de culpas como mecanismo de distribución del daño no es conocida por el Código Civil español aunque sí en leyes especiales<sup>174</sup>. Sin embargo, esta viene siendo ampliamente aplicada debido a la labor del Tribunal Supremo, el cual encuentra sólido apoyo normativo en su art. 1.103: “La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos”.

En cuanto a la concurrencia de culpas relacionada con la responsabilidad del abogado, la realidad jurídica española es semejante a la brasileña, admitiendo la posibilidad de concurrencia de culpa siempre que el resultado lesivo experimentado por el cliente no sea provocado únicamente por la conducta del abogado,

---

<sup>173</sup> En el juicio de la Ap. Civil nº 19990110466747, 4ª Turma Civil, j. 22.08.2005, el Tribunal de Justicia del Distrito Federal, por ejemplo, reconoció la culpa del abogado por impericia, observando, todavía, la concurrencia de culpas en virtud de la conducta del cliente perjudicado: “1. Aunque la abogacía sea una actividad de medio y no de resultado, esto no impide que el abogado sea responsabilizado en caso de perder la demanda, desde que comprobado que esto sucedió debido a equívocos inexcusables practicados culposamente por el abogado. 2. Comprobado que el abogado dejó de observar un cuidado objetivo al no verificar la documentación erróneamente presentada por la parte que, posteriormente, perdió la demanda, debe él responder por los perjuicios resultantes de la pérdida de la causa. 3. Considerando que la autora contribuyó efectivamente para el evento, al entregar documentos distintos de los que le fueron solicitados por el abogado, y teniendo en cuenta que, en virtud de su profesión, tenía conocimiento suficiente para comprender que la falta de los documentos necesarios podría ocasionar la improcedencia del pedido formulado en la acción, queda configurada la culpa concurrente, justificando la reducción del quantum indemnizatorio para la mitad de los perjuicios por ella soportados.”

<sup>174</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, pág. 402.

sino que también cuente con la contribución del comportamiento del propio tomador de los servicios. Todavía, para que se reconozca la culpa concurrente, es necesaria la prueba de que la conducta de ambas las partes influyó en la provocación del resultado lesivo final. Cada una de las conductas, por lo tanto, corresponderá al grado de inflexión de su comportamiento sobre el cuadro dañoso emergente<sup>175</sup>.

En un aspecto más amplio, la culpa puede ser contractual y extracontractual, existiendo algunas subespecies conocidas como *in vigilando*, *in eligendo*, *in custodiendo*, *in omittendo*, *in comittendo*, *in contraendo*, todas relacionadas con la obligación que recae sobre el agente. Bajo el prisma de la gravedad, la culpa puede ser grave, leve o levísima.

Desde luego, cabe mencionar que la clasificación recién expuesta no interfiere en la decisión acerca de la existencia o no de la responsabilidad civil, ya que basta la existencia de culpa para que aquella sea confirmada. Sin embargo, las características de esa culpa pueden interferir en la extensión del deber de reparar, en especial en lo que se refiere a la gravedad con que esta se presenta. Así, el abogado deberá responder incluso en el caso de que la culpa sea leve, pero el *quantum* de la reparación de los

---

<sup>175</sup> MONTERROSO CASADO (2007, p. 45) discurre: “Cuando, unido a la falta de diligencia del abogado, las pruebas revelen que otras conductas negligentes han concurrido a la causación del daño, podrá apreciarse una concurrencia de culpas. Esta excepción, oponible por el abogado a la reclamación del cliente, entraña una distribución de responsabilidades, que conlleva una rebaja de la cuantía indemnizatoria, en aplicación del artículo 1103 del Código Civil, cuando ambas conductas, la del abogado y la del cliente (o la de un tercero), sean concurrentes y desencadenantes del resultado dañoso.”

daños morales ocasionados al cliente, por ejemplo, llevará en cuenta el citado aspecto<sup>176</sup>.

Sobre el asunto, el art. 392 del Código Civil brasileño dispone que en los contratos benéficos el contratante responde por simple culpa frente a los que el contrato favorezca, y por dolo ante a los que este no favorezca. Afirma también que en los contratos onerosos, cada una de las partes responde por culpa, salvo las excepciones previstas en ley. Así, no cabe duda que, como el mandato judicial es oneroso, el abogado responde siempre que ocasiona daños a la otra parte. Luego, como la responsabilidad civil sigue las normas generales relacionadas al tema, no existen motivos para que el abogado sea tratado con mayor o menor severidad en relación a otras categorías profesionales. Para que exista el deber de indemnizar es necesaria la conjugación de los factores culpa y daño, pues de ese caldo de cultura es que surge la obligación.

Aún sobre el grado de culpa capaz de vincular al abogado al deber de reparar los daños ocasionados al cliente, existen posturas que afirman ser distinta la culpa del abogado, especialmente si comparada con la culpa necesaria para ocurrencia de la responsabilidad civil común<sup>177</sup>. Los tribunales españoles vienen

---

<sup>176</sup> AGUIAR DIAS (1994, p. 319) sustenta que “los tribunales vienen reconociendo la responsabilidad del abogado mismo en el caso de que la culpa sea leve.”

<sup>177</sup> MIRANDA SUÁREZ (2007, p. 29) dice: “Mucho se ha discutido acerca de si se debe exigir un grado especial de culpa, mayor que el estándar de la culpa leve aplicable en nuestro derecho. Al efecto, cabe señalar que la responsabilidad civil de los profesionales no es más que un capítulo dentro del vasto espectro de las responsabilidades civiles en general, sin embargo en países como España, se sostiene que el grado de culpa exigible al abogado es diferente de aquella en que incurre una persona particular aun diligente, por estar singularmente preparado para desempeñar el oficio y por haberse ofrecido a él, por lo cual responde de culpa levísima. En Chile, conforme explicitado por el autor, el mandatario responde incluso por culpa leve en caso de incumplimiento de su deber, lo que significa decir que este debe

apoyando el entendimiento mayoritario de que el dolo y la culpa, sin diferenciación de grado, actúan como elementos suficientes para la afirmación de la responsabilidad civil del abogado<sup>178</sup>.

Adviene también de los tribunales españoles la idea de que el grado de la culpa influye en la determinación del *quantum debeatur*, debiendo, en los casos en que no exista un pedido previo cuantificado por el perjudicado, ser mayor el volumen económico de la condenación, siempre que más grave sea la culpa del agente<sup>179</sup>. El tema de la actuación culposa del individuo tiene mayor repercusión sobre el valor de la indemnización en los casos en que el daño es de naturaleza extrapatrimonial. Los contornos de la culpa, asociados a otros de relevancia similar (circunstancias del caso, gravedad de la lesión, etc.), producen un caldo de cultura suficientemente robusto para permitir al juzgador un adecuado análisis del tema<sup>180</sup>.

Cabe observar que el art. 1.107, 2º, del Código Civil español, inspirado en el ordenamiento francés, estipula que, en caso de dolo, el agente responderá por todos los daños que reconocidamente derivaren del incumplimiento de la obligación. Eso significa, en el

---

emplear la diligencia de un buen padre de familia, siendo suficiente la existencia de culpa leve, en abstracto, para que exista la obligación de reparar los daños provocados.”

<sup>178</sup> En el asunto STS 5706/2008, de 24 de febrero de 2008, la Corte Suprema española decidió: “En el desarrollo de su actividad profesional, el Letrado ha de actuar con la debida diligencia, que no corresponde con la diligencia exigible a un buen padre familia, sino a una especial diligencia en atención a actividad profesional desarrollada; si la actuación del abogado no es diligente, éste incurre en responsabilidad civil, por aplicación del art. 102 del Estatuto General de la Abogacía, que establece la responsabilidad civil del abogado en el ejercicio de su actividad profesional cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les ha sido encomendada; responsabilidad exigible asimismo al amparo de los arts. 1101 y 1104 CC.”

<sup>179</sup> STS de 23 de febrero de 1989 (RJ 1989/1250).

<sup>180</sup> REGLERO CAMPOS, 2008, p. 1241.

plan de la responsabilidad civil del abogado, que, en caso de que se compruebe el dolo, existirá un deber cabal de indemnizar los perjuicios ocasionados al cliente. En esto se incluye, por obvio, la determinación, dentro de lo posible, de un *quantum debeatur* más amplio, si comparado con el que se daría en la hipótesis de una conducta marcada por la culpa simple.

Por lo tanto, la complejidad de la causa asumida, el nivel de especialidad del abogado y la correspondencia, o no, existente entre la naturaleza del tema en cuestión y su habilitación técnica, no influyen en la determinación de la responsabilidad civil. Esta será reconocida independientemente de tales circunstancias, ya que la relevancia de la graduación de la culpa o de la presencia del dolo influenciará decisivamente en la definición del valor de la indemnización debida.

Aunque todo proceso judicial y toda actividad en general del abogado envuelvan elementos que, en un mayor o menor grado, se presentan como aleatorios, es mucho más acentuada la existencia de un *standard* de comportamiento que debe ser observado en cada situación concreta<sup>181</sup>. Tras la observancia de este patrón medio, existirá espacio para la verificación del elemento anímico del agente y la apuración de una eventual responsabilidad civil.

---

<sup>181</sup> MARTIN LOMBARDA (2005, p. 40) asevera: “Sin embargo, Ghersi no está muy de acuerdo con estos argumentos, y partiendo de la base que todo proceso judicial tiene un cierto alea, opina que el juzgamiento de la responsabilidad profesional no pasará de evaluar, en función de su presentación; si ella fue acorde, si ha empleado los conocimientos y técnicas de un abogado diligente y acorde a la complejidad del caso, pero él entiende que si el profesional acepta un caso complejo y responde con un nivel mediocre no podría el abogado atribuir el daño al área judicial.”

Cabe resaltar que en el ordenamiento jurídico brasileño el nivel de la graduación de la culpa no tiene mucha relevancia en el momento de definir la existencia o no de la responsabilidad civil del abogado, ya que es suficiente la simple presencia de dicho elemento anímico para que quede patente el deber de reparar. Todavía, se admite que el grado de culpa interfiera, en determinadas situaciones, en el volumen del *quantum debeatur*, por ejemplo en el caso de reparación de daños morales, cuyo valor se establece con base en el prudente arbitrio del magistrado.

### **4.4.3 El criterio de la diligencia del buen profesional en el Derecho comparado**

#### **4.4.3.1 El criterio en el Derecho francés**

La afirmación de la responsabilidad profesional del abogado puede originarse tanto en una conducta positiva (acción) como en la abstención de la práctica de un acto que se debería realizar (omisión). Esa circunstancia no interfiere en la definición de la responsabilidad, que no sufre alteraciones en el plan jurídico caso se origine de un comportamiento positivo o de una inacción. La extensión de los daños originados en la conducta irregular es lo que definirá la amplitud del comprometimiento del abogado en la recomposición de los perjuicios soportados por el cliente.

El Código de Napoleón, elemento inspirador de muchos otros disposiciones legales civilistas, sigue aún hoy sirviendo de base

para muchos institutos del Derecho Civil. Entre estos está el de la responsabilidad civil, la cual se reglamentó buscando establecer parámetros de conducta mínimamente exigibles a los individuos en sus acciones cotidianas.

El art. 1.137 del Código Civil Francés dispone: “la obligación de celar por la conservación de la cosa, tanto si la convención tiene por objeto la utilidad para una de las partes, o si tiene por objeto la utilidad común, obliga a quien está de ella encargado a tener todos los cuidados exigibles de un buen padre de familia.” Como se puede percibir, la obligación de celar por la preservación de la cosa, sea en un acuerdo que tenga por objeto la utilidad para una de las partes o que busque un objetivo común, obliga al que está en la condición de responsable por esta cosa a que emplee todos los cuidados que serían dispensados por un buen padre de familia. Este modelo, el cual toma como paradigma la figura del buen padre de familia, se destacó en las más importantes legislaciones, y pasó por importantes – y necesarias – modificaciones a lo largo del tiempo.

En su fórmula original, el referido modelo indicaba que el modo de actuar esperado y exigido era aquél adoptado por el hombre medianamente diligente. El principal problema presentado – el cual probablemente no existiese en un grado tan elevado en la época de su constitución – era la determinación de una medida única de diligencia, que no consideraba las variantes que podían resultar de las distintas actividades humanas que surgirían con la evolución de las relaciones interpersonales.

Al establecer que el comportamiento ideal en el ámbito civil es el que un buen *pater familiae* adoptaría en cada situación concreta, la norma dejó un pequeño margen para situaciones específicas, como en el caso de los profesionales liberales. Este hecho, sin embargo, fue minimizado en cuanto a su severidad por la segunda parte del art. 1.137, cuyo examen se hará a seguir.

En lo que se relaciona a las legislaciones de otros países, cabe desde luego resaltar que la influencia del Código de Napoleón se percibe especialmente en lo que se refiere a la creación del paradigma dictado por la conducta del buen padre de familia. Todavía, los ordenamientos individuales de cada nación, cuando inspirados por la disposición francesa, intentaron adaptar el precepto a sus propias necesidades. Esto lo hicieron a través de mecanismos de alargamiento o de limitación del modelo básico, variando conforme el tipo de contrato social vigente en el ámbito interno. Las sociedades más liberales ampliaron la idea del buen *pater familiae*, admitiendo que esta no podía ser aplicada en su forma pura en algunas modalidades de relación. Otras naciones redujeron el alcance del precepto e incluso cambiaron la definición de lo que sería un buen padre de familia, afirmando que la expresión no se origina en la idea de que la conducta ideal es la del ser humano mediano encontrado en la sociedad, pero si la de aquél que se sitúa entre los medianamente diligentes.

Aunque se aceptara el modelo del buen padre de familia como un paradigma civilista de comportamiento, no sería posible admitirle con las mismas conformaciones dadas por Pothier. El gran jurista

francés preconizaba la adopción de un tipo abstracto, el cual se sometía a los riesgos de haber una interpretación equivocada por parte del juzgador, pues este no disponía de elementos comparativos para adecuar el grado de diligencia deseado por el legislador<sup>182</sup>. Como se trataba de un tipo legal abierto en lo que se relacionaba al concepto de diligencia, la aplicación práctica de la norma podría variar de de forma considerable, originando injusticias en la solución de los conflictos.

Pothier se ocupó, al igual que el Código francés, de las relaciones generadoras de la obligación de conservar las cosas. Se olvidó, sin embargo, de que ni todos los vínculos se constituyen con esa finalidad, y que grande parte de estos tiene como objetivo la prestación de un servicio, la abstención de una determinada conducta y así por delante. Luego, la idea de Pothier en su forma original, que configura, con las debidas adaptaciones, el principio del art. 1.137 del referido Código, presenta horizontes demasiado estrechos. También se verifica en la regla francesa, que se considera un paradigma de diligencia la conducta del dueño cuidadoso y diligente en la conservación de sus bienes; siendo también verdad que la interpretación posterior conferida a la norma terminó superando gran parte de los problemas que aparentemente serían verificados debido a la construcción de la citada regla.

Aunque la redacción literal del art. 1.137 del Código Civil francés haya, a priori, restringido su alcance, este logró ser adaptado a todas las modalidades de obligación. Este no debe ser

---

<sup>182</sup> SILVA PEREIRA, 1990, p. 233.

tomado como una verdad jurídica literal, pero si como elemento para una adecuada exegesis. A partir de esto es que se pasa a entender que la noción de culpa como base para la responsabilidad civil también fue consagrada en la legislación francesa. Así, la teoría de la responsabilidad subjetiva derivaría de una pormenorizada exegesis de la norma legal. Con la misma presteza de siempre, Laurent explica que no es adecuado promover cualquier tipo de distinción, en materia de culpa, entre las obligaciones de dar y de hacer, siendo que la redacción aparentemente restrictiva del precepto francés se debe especialmente al hecho de que los legisladores del Código siguieron la sistemática de Pothier, que vinculaba la culpa con la obligación de conservar la cosa, pero sin limitar la teoría de las culpas apenas a las obligaciones de dar<sup>183</sup>.

Partiendo de lo anterior, es posible llegar a la conclusión de que el legislador francés quiso, en verdad, establecer un modelo razonable de diligencia. No un modelo abstracto e insensible, pero si un parámetro que llevase en consideración las circunstancias del caso concreto, demandando de los implicados aquél patrón medio de diligencia esperado del sujeto medianamente cuidadoso. Esa media de comportamiento abstracto es, por lo tanto, lo mínimo de diligencia concreta que se exige de todos, sopesadas las particularidades de la relación efectivamente investigada por el juzgador.

También existen teorías que afirman que, en el caso de los contratos, la interpretación del art. 1.137 del Código Civil francés

---

<sup>183</sup> SERRA RODRÍGUEZ, 2000, p. 40.

debe ser sistemática y debe llevar en consideración la existencia o no de una previsión expresa realizada por las partes estableciendo los límites de la responsabilidad civil, como también la edición o no de normas legales específicas para el tipo contractual que las vincula. Así, la norma tendría carácter supletorio en el caso de que los celebrantes hubiesen disciplinado la responsabilidad contractual, o si hubiesen reglas específicas para el asunto. Sin embargo, la norma incidiría con todo su rigor en el caso de un eventual silencio de los interesados sobre el tema y en la ausencia de normas destinadas a reglamentar directamente la situación concreta en cuestión<sup>184</sup>.

Pasando para el plan de la responsabilidad civil de los profesionales liberales, y más específicamente para el de los abogados, es posible percibir la perspectiva de la opción del Código Civil francés por la idea de responsabilidad civil subjetiva y de naturaleza contractual. Todavía, es necesario resaltar, desde luego, que el modelo del art. 1.137, que indica la aplicación del principio del “buen padre de familia”, no puede ser utilizado en su forma pura en las relaciones entre el cliente y el profesional de la abogacía.

Caso esto sucediese, habría un verdadero caos en el desarrollo y en la ejecución del contrato, ya que una conducta mínimamente diligente por parte del abogado le libraría de los deberes asumidos con la otra parte. Así, por ejemplo, se simplemente interpusiese un recurso de apelación dentro del plazo, haciendo constar cualquier mención al objeto de la demanda, no

---

<sup>184</sup> SERRA RODRÍGUEZ, 2000, p. 43-44.

podría ser acusado de no cumplir con lo pactado en el contrato. En otras palabras, con la simple diligencia del buen padre de familia, jamás se podría considerar que el abogado no cumplió con sus obligaciones ante el cliente, aunque debido a la falta de conocimientos técnicos perdiera todas las demandas propuestas.

Así, de una adecuada interpretación del art. 1.137 del Código Civil francés, se puede inferir la necesidad de identificar, en la relación jurídica establecida, si existe o no la exigencia de conocimientos técnicos del deudor de la obligación. Si la respuesta es negativa, la imposición de diligencia al sujeto pasivo será orientada por la regla general del *buen padre de familia*, siendo considerado así el individuo medianamente cauteloso entre los que son mínimamente cautelosos. Pero, si para el cumplimiento de la demanda son necesarios conocimientos técnicos, la referida diligencia por sí sola no será suficiente para liberar al sujeto, siendo esencial también su pericia para desarrollar la actividad que desea realizar. En esta última hipótesis es donde se encuadran los abogados, de quien, conforme el derecho francés, se exige diligencia y pericia<sup>185</sup>.

---

<sup>185</sup> SERRA RODRÍGUEZ (2000, p. 44) trata con precisión del tema: “El modelo abstracto de padre de familia, tal como aparece consagrado en el *Code* francés, viene caracterizado precisamente por la ausencia de conocimientos técnicos, a diferencia del perito que es el profesional”. En la secuencia, afirma: “Por ello, esta referencia a la noción abstracta de hombre normal o razonable debe ser substituida para tener en cuenta ciertas peculiaridades o características del deudor de las que se han hecho depender el contenido y la extensión de sus deberes. Así, el profesional viene obligado a comportarse como un profesional normal, quedando sujeto a ciertas obligaciones diversas de las de un no profesional. De esta manera, el criterio clásico del buen padre de familia debe ser adaptado para tener en cuenta las reglas técnicas de la profesión, la especialización, las exigencias normales del ejercicio de la misma, así como los interés en juego”.

Ante lo expuesto, es posible constatar que el abogado, al asumir una causa judicial o al aceptar el encargo de representar el cliente en el plan extrajudicial, queda sometido a la obligación de portarse conforme la diligencia esperada de un buen padre de familia, pero también con la diligencia esperada de todo profesional del derecho. En eso se incluye, obviamente, la aplicación de los conocimientos técnicos que se presume haber adquirido a lo largo de su formación. Caso exista un contrato indicando expresamente los deberes del abogado, este quedará obligado a su cumplimiento, actuando aún con diligencia y pericia en relación a todos los demás deberes de la profesión, aunque estos no sean directamente mencionados en la contratación.

Si deja de cumplir con los deberes asumidos, el abogado, conforme el Código Civil francés, responderá con base en la teoría de la responsabilidad subjetiva. Así, es de competencia del cliente la prueba de que el contratado no cumplió satisfactoriamente con las obligaciones contraídas. Es bien verdad, sin embargo, que en muchos casos esa es una prueba fácil, como, por ejemplo, en el caso de pérdida de plazo o en el caso de una actuación de *mala fe* derivada de un inadecuado empleo de la técnica. Todavía, en otras tantas situaciones la prueba es extremadamente difícil, donde tenemos como ejemplo el caso en que el abogado opta por un camino – aunque menos vigoroso – entre los varios admitidos por la doctrina y por la jurisprudencia, el cual después es rechazado por el juzgador de aquella causa concreta. Es casi cierto que en este caso no se podrá responsabilizar al abogado, ya que en el momento del

contrato el cliente le otorga poderes para elegir la estrategia que entender más conveniente.

#### **4.4.3.2 El criterio en el Derecho italiano**

El Código Civil italiano de 1865 siguió el modelo francés en lo que se relaciona a la responsabilidad civil. Adoptó, en su art. 1.124, la figura del buen padre de familia como elemento para mensurar la diligencia exigida de cualquier persona en su relación con las demás personas de la colectividad. En el Código Civil de 1942, el referido principio fue igualmente consagrado con las mismas características establecidas por su antecesor.

Habiendo seguido las líneas principales establecidas por el Código francés, el ordenamiento italiano buscó ampliar el horizonte jurídico de la norma para más allá de la frontera de las obligaciones generadoras del deber de custodiar la cosa. Al reglamentar la responsabilidad civil, previó expresamente las posibilidades de su incidencia para todas las obligaciones, dejando expreso lo que el Código Civil francés, conforme su mejor interpretación, dejó subentendido en las entrelineas. No fue necesaria una interpretación extensiva de la norma, ya que se mencionó directamente la amplitud de su alcance, aplicándose a todas las obligaciones contraídas. Ese ha sido el gran avance presentado por la legislación italiana cuando comparado con la francesa.

El art. 1.176 del Código Civil italiano dispone lo siguiente: “En el cumplimiento de las obligaciones el deudor debe utilizar la

diligencia del buen padre de familia. En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio profesional, la diligencia debe ser valorada conforme la naturaleza de la actividad ejercida.”

Se puede notar, así, que el legislador italiano estipuló dos caminos básicos: a) para las obligaciones en general, la diligencia exigida es la que corresponde a la de del “buen padre de familia”, que se verifica en el comportamiento medio de un hombre normalmente diligente; b) para las obligaciones relativas al ejercicio profesional, la diligencia esperada es aquella revelada por la naturaleza de la actividad. Por supuesto, en esta última, es absolutamente imprescindible que se tenga en cuenta la amplitud de circunstancias del caso concreto, a lo que se debe asociar el análisis de la pericia con que el profesional desarrolló su trabajo.

No es posible dissociar del contexto el análisis de la conducta del sujeto y el respectivo empleo de los conocimientos que él presumidamente adquirió a lo largo de su formación profesional, de forma que se origina, aquí, la conjugación de los elementos *diligencia* y *pericia*. Esta se evalúa con base en el nivel de habilidad demandado de los profesionales del área. No sirve como modelo de pericia, por ejemplo, el nivel de actuación de un individuo menos capacitado, y tampoco se puede establecer como paradigma un sujeto fuera de lo normal, es decir, alguien que se destaca de forma diferenciada en el medio profesional en que actúa.

Las circunstancias y peculiaridades del caso concretamente analizado, las cuales interfieren en la configuración de la responsabilidad, son tanto aquellas que anteceden la contratación,

como las que son contemporáneas o subsecuentes a la realización del pacto. Es de este contexto que el juzgador extraerá los elementos que le permitirán decidir el asunto propuesto, cabiendo resaltar que la diligencia no es un simple comportamiento, pero sí, una verdadera calidad de la conducta, que posibilita el cumplimiento de la obligación<sup>186</sup>.

No obstante, a pesar del art. 1.218 del Código italiano indicar el rumbo de la responsabilidad objetiva para algunas áreas del derecho contractual, lo cierto es que cuando se trata del ejercicio de actividades profesionales, como es el caso de los abogados, la responsabilidad es siempre e invariablemente subjetiva. Luego, es necesaria la comprobación de la culpa como elemento generador del daño vinculado a la inobservancia de los deberes de diligencia y pericia.

#### **4.4.3.3 El modelo adoptado en España y Brasil**

---

<sup>186</sup> SERRA RODRÍGUEZ (2000, p. 45-46), en relación a posibles diferencias entre el Código Civil Italiano de 1865 (art. 1.224) y el de 1942 (art. 1.176), afirma: “La novedad de este precepto respecto al artículo 1224 del Código de 1865 abrogado no radica tanto en la formulación de una noción de diligencia, como hemos visto precedentemente, como en su colocación sistemática. De este modo, mientras en el Código Civil Italiano de 1865 la norma relativa a la diligencia hacía referencia a los ‘efectos de las obligaciones’ (capítulo III), y quedaba ubicado junto a los artículos 1225 y 1226 que disciplinaban los supuestos del incumplimiento y los límites de la responsabilidad del deudor, esto es, la imposibilidad sobrevenida del deudor, en el Código Civil Italiano de 1942 dicho precepto se inserta en el Capítulo relativo al ‘cumplimiento de las obligaciones’, junto a la norma sobre la obligación de custodia (art. 1777), al precepto que prescribe el deber del deudor de cosas genéricas de entregar cosas de cualidad inferior a la media (art. 1778), y a todas las otras disposiciones que prescriben diversas modalidades de cumplimiento (art. 1179: obligación de garantía; art. 1.180: cumplimiento por tercero; art. 1.181: cumplimiento parcial etc.).”

En se tratando de profesionales liberales, como también de todas las demás situaciones que comprenden el desarrollo de actividades profesionales, la diligencia aparece como un criterio objetivo, evaluable en cada evento que es sometido al examen del juzgador. No es un criterio subjetivo, pues no se puede extraer de una fórmula previa y determinada de comportamiento imputable de forma indistinta a todas las personas, pero sí de las características de la situación real, aunque sometida a una matriz genérica.

La diligencia exigida del abogado está basada en el criterio de normalidad. Se traduce en el cuidado normal y ordinario que cualquier profesional medianamente cauteloso debe adoptar. Se trata de una diligencia común y mínima ante las peculiaridades de la situación en examen. Está claro que no se trata de un modelo de diligencia del hombre común, es decir, del ser humano considerado de una forma general. Con esto, se evidencia la posibilidad de esperar y reclamar del profesional una diligencia compatible con la de los demás profesionales de su área, no debiendo ni ser mediocre y ni superdotado<sup>187</sup>. Dicha circunstancia está respaldada por la doctrina italiana, que considera que el abogado tiene como su principal producto el intelecto, que asume ante el cliente un deber de naturaleza intelectual y que debe actuar conforme la diligencia inherente a su actividad<sup>188</sup>.

---

187 SERRA RODRÍGUEZ (2000, p. 53) concluye: De todo esto es posible concluir, como lo hace Adela Serra Rodríguez: “Por tanto, cabría sostener que la diligencia del buen padre de familia constituye la regla fundamental, con independencia de que en algunos casos, en virtud de la propia naturaleza de la relación obligacional, o de la actividad ejercitada la diligencia venga valorada con diversa intensidad e incluso substituida por un modelo de diligencia superior (art. 1176.2º). Con esto se pone de manifiesto tanto la relatividad como la elasticidad del modelo de conducta consagrado por el Código Civil Italiano.

188 STUDIO GRIFASI (2006, p. 30) sintetiza todo esto: “L’avvocato è qualificabile come professionista intellettuale: quando il cliente si rivolge ad un legale per l’instaurazione di un giudizio, rileva la disciplina

Como se puede percibir, la connotación intelectual del trabajo del abogado implica en el reconocimiento de la necesidad de seguir fielmente las obligaciones asumidas en el contrato. Entre estas están, obviamente, no solo las que fueron expresamente mencionadas por los celebrantes, pero también las vinculadas a la naturaleza de la relación jurídica establecida. Así, si el pacto celebrado entre los interesados es un mandato, las obligaciones legales del mandatario integran el rol de las imposiciones soportadas por el abogado, las cuales siempre corresponderán a un derecho de la otra parte. Cabe resaltar que a la diligencia normal del profesional debe añadirse la pericia, exigida como elemento de complementación para una adecuada labor jurídica.

Al igual que en Brasil, en virtud de la aplicación del art. 186 del Código Civil, el Derecho español presenta varias normas que establecen la concepción de culpa como un elemento ínsito en las relaciones jurídicas, como también, como un factor para la configuración de una responsabilidad civil predominantemente subjetiva<sup>189</sup>. La regla general, sobre la culpa o la negligencia en el ámbito de las obligaciones, está en el art. 1.104 del Código Civil: “La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a

---

del contratto di prestazione d’opera intellettuale. Tale prestazione è caratterizzata dalla professionalità e dalla personalità dello svolgimento dell’incarico, come si evince dall’art. 2232 “il prestatore d’opera deve eseguire personalmente l’incarico assunto”. Risulta con evidenza, nella disciplina del rapporto professionale, la relazione tra personalità e fiducia, trattandosi di un rapporto fondato sull’intuitus personae”.

<sup>189</sup> ALBALADEJO (1989, p. 181) dice: “Los autores distinguen en el concepto de culpa un sentido amplio y otro estricto, identificando el primero con la noción de imputabilidad del incumplimiento y, por tanto, comprendiendo tanto el propósito deliberado de no cumplir (dolo) como el debido a la negligencia o culpa ‘stricto sensu’. En este sentido hay que entender el término culpa muchas de las ocasiones en que la ley lo utiliza (cfr. Arts. 1135, 1136, 1147 etc.)”

las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”<sup>190</sup>. Ese artículo debe ser interpretado en consonancia con lo dispuesto en el art. 1.101 del mismo Código español, que dispone lo siguiente: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”.

Como se puede percibir, el art. 1.104, en su primera parte, trae un modelo genérico de comportamiento exigido de cualquier persona en el cumplimiento de sus obligaciones. Todo sujeto debe actuar, así, de forma en que no incurra en negligencia, considerada esta como la conducta realizada sin la cautela exigida por la naturaleza de la obligación, llevándose en cuenta las circunstancias referentes a la persona, al tiempo y al lugar. En lo que concierne a la responsabilidad civil del abogado, la jurisprudencia adopta el mismo paradigma, e incluso, en algunas veces, con más rigor, afirmando que el abogado debe actuar con un *plus* de cautela y diligencia, en un nivel incluso superior al del buen padre de familia<sup>191</sup>.

En otras palabras, no se trata de un modelo estático, controlado y fijo, pero sí de un cuadro que será definido en cada

---

<sup>190</sup> Llama la atención el hecho de que el art. 512 del Código Civil argentino tiene una redacción prácticamente idéntica a la de la primera parte de la norma española: “La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

<sup>191</sup> STS de 04 de febrero de 1992, n° 249.

situación concretamente examinada. En lo que se refiere a los profesionales de la abogacía, queda claro que su deber de diligencia será establecido conforme las variantes mencionadas en la citada norma, sin olvidar de la regla básica de cuidado que debe ser observada por cualquier profesional que se dispone a representar a sus clientes en determinado asunto o actividad.

Por otro lado, el art. 1.101 amplía la obligación de reparar los daños a todos los que actúan con dolo o morosidad lesiva, y vuelve a repetir la previsión en cuanto a la responsabilidad de los que actúan con culpa. En lo que se relaciona al dolo, sería desnecesaria dicha previsión, ya que siempre que el ordenamiento jurídico prevé la responsabilidad de quien actúa con culpa y ocasiona daños, automáticamente también somete al mismo deber el que ocasiona un perjuicio dolosamente.

En lo que se refiere a la morosidad, esta representa, en un último análisis, una variante de la negligencia, ya que el retardo no doloso en el cumplimiento de la obligación también es un elemento caracterizador de culpa en la modalidad negligencia. Si practicado con dolo, será aún más grave, aunque acarree la misma responsabilidad civil, excepto en los casos en que la intención del agente esté prevista en ley como una causa relevante de cuantificación del deber de reparar.

La segunda parte del art. 1.104 del Código Civil español parece modificar la regla general que afirma que la diligencia exigible será apurada con base en los elementos mencionados expresamente por el legislador. En su parte final, la norma enuncia

literalmente que “cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.” Así, queda la impresión de que el legislador quiso dejar abierta la posibilidad de las partes establecieran contractualmente los límites de la diligencia esperada de cada una de ellas. En el caso de que las partes opten por el silencio sobre el tema, se aplicaría la segunda parte del art. 1.104, que establece un modelo relacionado con la idea del buen padre de familia, o sea, del hombre naturalmente cuidadoso con sus deberes y cosas<sup>192</sup>.

En realidad, esa no sería la interpretación más adecuada, ya que los profesionales liberales no pueden ser sometidos al modelo del buen padre de familia. Eso ocurre porque sus obligaciones también se relacionan con la pericia y no solamente con la diligencia. Luego, no es suficiente proceder solamente como un buen padre de familia, pues se exige del profesional liberal una actuación en conformidad con las reglas de su profesión. En esto se comprende la idea del profesional cauteloso, conocedor de su oficio y buen aplicador de los conocimientos adquiridos. El grado de diligencia necesario es aquél compatible con la naturaleza de las obligaciones asumidas, consideradas las circunstancias antecedentes, contemporáneas y subsecuentes a la contratación. Al

---

192 SERRA RODRÍGUEZ (2000, p. 64) afirma: “En esta línea, se ha interpretado que el primer párrafo es aplicable a todas aquellas obligaciones cuya ejecución exija un grado diverso y específico de diligencia, distinto de la que queda referida a la figura del buen padre de familia. Conforme a esta interpretación, el primer párrafo prevería, por ejemplo, el nivel de diligencia exigible en el cumplimiento de las obligaciones profesionales, a semejanza del artículo 1176.2º del CC italiano, esto es, de prestaciones cuya ejecución requieren la posesión de ciertos conocimientos o técnicas no vulgares, sino especializados. Los dos párrafos del precepto se corresponderían a dos modelos diferentes y autónomos.”

nivel de diligencia mencionado también debe corresponder un igual grado de pericia, es decir, de capacidad para un correcto empleo de la ciencia jurídica.

La jurisprudencia está superando progresivamente el concepto del Código Civil español de la figura del *buen padre de familia*. Esto se debe al hecho de que el abogado, cuando está en su ambiente de trabajo, en el que tiene a su disposición una variedad de normas procesales y las herramientas propias de su profesión, no puede vestir el traje del *buen padre de familia*. Así, se impone al profesional una actuación diligente, cuyo alcance debe ser mayor que la que se puede exigir de un *buen padre de familia*, especialmente debido a los cánones que regulan el ejercicio de la abogacía<sup>193</sup>.

La actividad forense del abogado puede ser vista bajo dos prismas básicos, siempre con el carácter de “*intervención judicial asistencial*”: a) intervención impuesta por las circunstancias, cuando es imperiosa su actuación debido al panorama creado (por ejemplo, para contestar una demanda); b) intervención judicial satisfactoria, que tiene como finalidad mejorar una situación jurídica preexistente, de naturaleza personal o patrimonial, sin que exista una imperiosa necesidad (por ejemplo, en un caso en el que se debate el valor de la cosa expropiada)<sup>194</sup>. En las dos situaciones se exige una actuación con diligencia y pericia. La diligencia del abogado, como hemos visto, es mayor que la que es exigida del buen padre de

---

<sup>193</sup> MARTÍ MARTÍ, 2007, p. 51.

<sup>194</sup> MARTÍ MARTÍ, 2003, p. 42.

familia, pues implica también la observancia de las reglas estatutarias de la profesión<sup>195</sup>.

Las partes celebrantes pueden ampliar o restringir el deber que incide sobre el abogado, pero este, de todas formas, no podrá eximirse de cumplir las obligaciones básicas de la profesión (por ejemplo, la de observar plazos, comparecer a las audiencias, etc.). Cualquier cláusula que excluya esa posibilidad será considerada no escrita, a ejemplo de lo que ocurre en Brasil, por determinación expresa del Código de Defensa del Consumidor.

El modelo del buen padre de familia incide sobre las relaciones jurídicas no profesionales, desde que, en estas, las partes no hayan establecido el nivel de diligencia exigido para el cumplimiento de las obligaciones. Se aplica también a todos los asuntos de índole profesional en que el cumplimiento de la obligación no demande conocimientos especiales, y sí, apenas los ordinarios y comunes a todas las personas que se dediquen a aquella tarea (la construcción de un muro, por ejemplo)<sup>196</sup>.

El Tribunal Supremo español determinó, en el 08 de abril de 2003, que el abogado tiene el deber de elegir el mejor medio procesal para la defensa de su cliente, pero en el caso de que haya una decisión del órgano jurisdiccional contraria a los intereses de su

---

195 MARTÍ MARTÍ (2007, p. 52) sostiene: “Es decir, el prólogo de la responsabilidad del abogado es el aunque el de cualquier otra responsabilidad contractual, al imponerse la obligación del cumplimiento perfecto de las obligaciones contractuales, utilizando, con pericia, aquellos conocimientos que por razón del contrato debe exteriorizar. Así, el cumplimiento perfecto del contrato es el que libera de responsabilidad al que lo cumple.”

196 SERRA RODRÍGUEZ (2000, p. 70) esclarece: “Por tanto, la diligencia del buen padre de familia aparece como el ‘standard’ mínimo que el deudor está obligado a poner normalmente en el cumplimiento de sus obligaciones, en la ejecución de su prestación. Se trata de llevar a cabo una conducta adecuada que permita la satisfacción del interés del acreedor y que comprende tanto una ejecución ordenada como un deber de previsión de aquellos hechos que acaecidos pueden frustrar el fin del negocio.”

cliente, aquél no responderá civilmente, desde que dicha decisión no se base en una mala elección del procedimiento por parte del abogado<sup>197</sup>.

Todo lo dicho hasta el momento, no impide la incidencia de la responsabilidad civil objetiva sobre el abogado, lo que, todavía, solamente se presenta posible en los casos en que este asume obligaciones de resultado. En estas circunstancias, el factor de determinación de la responsabilidad se basa en la frustración del resultado, el cual era buscado conforme el deber anteriormente asumido con el cliente. Es desnecesaria, aquí, la prueba de la culpa en la provocación del daño, ya que, aunque eventualmente pueda existir, esta no influenciará o importará en la definición de la responsabilidad civil<sup>198</sup>.

## **4.5 Cuantificación de los daños y pérdida de una chance**

### **4.5.1 Base normativa de la indemnización de daños en el Derecho español y brasileño**

---

197 MARTÍ MARTÍ (2007, p. 53) hace la siguiente consideración: “Para el Alto Tribunal la obligación que asume el abogado que se compromete a la defensa judicial de su cliente no es de resultados, sino de medios (como al médico), por lo que sólo puede exigírsele (que no es poco) el padrón de comportamiento que en el ámbito de la abogacía se considera revelador de la pericia y el cuidado exigibles para un correcto ejercicio de la misma. No se trata, pues, de que el abogado haya de garantizar un resultado favorable a las pretensiones de la persona cuya defensa ha asumido, pero sí que la jurisprudencia le va a exigir que ponga a contribución todos los medios, conocimientos, diligencia y prudencia que en condiciones normales permitirían obtenerlo.”

198 REPRESAS (2003, p. 43) observa: “O sea que la acreditación de la circunstancia objetiva de la no obtención del resultado perseguido desplaza a la culpa, no porque no exista, sino porque en las obligaciones de “fines” la misma carece de interés y queda fuera de la cuestión, en razón de que la prestación tenía por meta un objetivo determinado concreto.”

El principio retributivo ha estado, durante un largo período, inserido en la estructura de la recomposición de los daños provocados contra terceros. A través de él, el autor de una lesión a derechos o intereses ajenos debería restablecer la situación a su estado original, por medio del pago de los perjuicios. Sin embargo, conforme las circunstancias del hecho en concreto, el sujeto podría incluso tener que soportar reprimendas de naturaleza física, como la esclavitud o la muerte, como forma de represión a sus deudas pecuniarias. Con esa actitud, se buscaba mucho más la punición del ofensor que la compensación financiera del ofendido, especialmente porque algunos hechos determinados afectaban el honor del individuo de una manera tan profunda, que una simple reparación económica no proporcionaría suficiente satisfacción, demandando, así, las sanciones de orden corporal.

Sin embargo, con el pasar del tiempo, el sistema se perfeccionó, de forma que las deudas pecuniarias solamente atingirían al deudor en su patrimonio, sin cualquier repercusión sobre el plan físico. Los ordenamientos jurídicos en general pasaron a adoptar ese mecanismo de recomposición, alejando las sanciones corporales como forma de reparación de las obligaciones asumidas o legalmente impuestas. Permaneció válida, todavía, la prisión civil por deudas alimentarias y contra el depositario infiel, situaciones estas en que remaneció la aflicción física. Esta, sin embargo, no tiene por objetivo punir al sujeto que no cumplió con sus compromisos, pero sí, tiene el objetivo de forzarlo al cumplimiento por medio del encarcelamiento. Se puede percibir, así, que el

principio retributivo no tiene lugar en la actual legislación brasileña, debido especialmente al hecho de que tiene sus raíces fundadas en el adagio “ojo por ojo, diente por diente”, el cual es inaceptable ante el actual modelo de evolución de la vida en sociedad.

El art. 1.902 del Código Civil español establece: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. La consecuencia jurídica del art. 1.902 del Código Civil español es la reparación del daño provocado, ya que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportarlo. La reparación del daño es la función principal y esencial de la responsabilidad civil, que busca que el perjudicado retorne a una situación más parecida posible a la que se encontraba antes de la ocurrencia del hecho lesivo. Como afirma Roca Trías, el principio elementar aplicado a la reglamentación de la responsabilidad extracontractual es el de que la víctima de un daño debe quedar libre de las consecuencias por este producidas. Por lo tanto, del perjuicio nace una obligación jurídica de indemnizar<sup>199</sup>.

Es posible concluir de todo esto, que el daño o perjuicio, sumados a una acción u omisión negligentes y al nexo de causalidad, son unos de los postulados de la responsabilidad civil aquiliana prevista en el art. 1.902 del Código Civil español. El daño, además de ser un requisito, es sin duda un elemento imprescindible para que se active el mecanismo de la responsabilidad civil y de la

---

<sup>199</sup> DOMINGO, 2003, p. 278.

reparación, tanto en la vía contractual como en la extracontractual<sup>200</sup>.

A los perjudicados, el legislador brasileño ofrece un vigoroso aparato de recomposición, siempre que estos sean afectados por una conducta ilícita generadora de daños, cuya base normativa es el mencionado art. 186 del Código Civil – el cual remite a los arts. 927 a 943 y 944 a 954, para la constatación de la culpa y análisis de la responsabilidad. Muchas críticas ya se hicieron sobre el modelo adoptado, esencialmente porque las referencias sobre la culpa y a la atribución de la responsabilidad civil son un tanto genéricas, y no especifican las hipótesis concretas y las consecuencias que pueden de ellas derivar.

Se ha de convenir que, por otro lado, sería un tanto retrógrado e incompleto el sistema jurídico que pretendiese agotar todas las posibilidades de ocurrencias reales, reglamentando el *modus operandi* del juzgador y de las partes en cada una de ellas. Ha sido una buena elección la edición de una reglamentación amplia, que se pueda adaptar a los casos concretos conforme las circunstancias particulares presentes en cada episodio.

La legislación brasileña rechaza la idea de una indemnización previamente determinada, ya que la diversidad de hipótesis existentes y de caracteres posibles haría insustentable e injusta una eventual tentativa de prefijar los eventos, estableciendo una restructuración previamente conocida. Además de esto, quedaría perjudicada la posibilidad del Judicial adecuar la realidad de los

---

<sup>200</sup> DOMINGO, 2003, p. 278.

hechos a la obligación por estos generada, ya que los límites pecuniarios de las demandas ya estarían previamente establecidos. Las reglas genéricas se limitan a indicar el camino a ser seguido para la solución de la demanda, sin mencionar valores en moneda corriente, ni indicaciones precisas para llegar al valor final condenatorio. Y esto, no significa que haya ocurrido una omisión legislativa, pues el ordenamiento tiene normas precisas acerca de los límites del deber de indemnizar, las cuales también se aplican a las obligaciones derivadas de la producción de daños a la moralidad.

Así, a título de ejemplo, el Código Civil dispone en su art. 948, que la indemnización por homicidio consiste en el pago de los gastos del tratamiento de la víctima, funeral y luto de la familia. Abarca, por lo tanto, los daños materiales y morales, ya que actualmente se sabe que la referencia al luto significa la posibilidad de buscar la reparación de la aflicción ocasionada a los familiares debido al prematuro óbito de un ser querido, al que se sumarán las demás despesas surgidas.

Si el art. 186 del Código Civil brasileño impone al ofensor el deber de recomponer los daños, el art. 402 del mismo Código define los límites de esta obligación, determinando: “Salvo las excepciones previstas en este Código, de modo expreso, las pérdidas y daños debidos al acreedor, abarcan, además de lo que este efectivamente perdió, lo que razonablemente dejó de lucrar (...)”. De esto, se percibe la intención de la ley, que es la de posibilitar al ofendido una amplia indemnización por el mal

soportado, caracterizando las pérdidas y daños como el conjunto de perjuicios experimentados en virtud de la conducta del obligado, que generó el resultado lesivo.

#### **4.5.2 Contenido del deber de indemnizar los daños ocasionados**

El deber de recomposición obedece a los siguientes requisitos: a) reposición de lo que el perjudicado efectivamente perdió con el evento; b) compensación por lo que razonablemente dejó de ganar. La primera hipótesis, trata de los daños emergentes, o sea, de los perjuicios verificados inmediatamente, sin la necesidad de mayores indagaciones, como, por ejemplo, en el caso del comodante que tiene su tractor deliberadamente averiado por el comodatario antes de la restitución, lo que ocasiona una disminución, perfectamente constatable, del patrimonio.

Ya los lucros cesantes, se caracterizan por el valor que la víctima dejó de recibir en virtud del evento lesivo, como, por ejemplo, sería el caso de los días en que el tractor del comodante, tras ser restituido, tendría que quedar parado para que se hicieran los reparos en las averías ocasionadas por el comodatario. Si, en tesis, el tractor rendía una determinada cuantía en una jornada de trabajo, el total de los lucros cesantes debidos será el resultado de la multiplicación de la renta (que proporcionaba el bien cuando

estaba en perfectas condiciones de uso) por el número de días que el tractor estuvo parado para los reparos<sup>201</sup>.

Tanto los daños emergentes como los lucros cesantes integran las pérdidas y daños, expresión genérica que define los límites de la recomposición debida al perjudicado, la cual debe ser cabal y completa, conforme determinado en la legislación. El ofendido tiene en su favor el derecho de ver perfectamente recuperados los daños sufridos, sean materiales o morales, siendo esto necesario para la convivencia social y para la promoción de la justicia en las relaciones interpersonales.

La fórmula plasmada en la ley no lleva en consideración la naturaleza del daño, siendo suficiente la simple existencia del mismo para que pasen a incidir las normas correspondientes, haciendo con que el ofensor deba recomponer integralmente la situación, volviendo al estado anterior de las cosas, y confiriendo como garantía al perjudicado, su patrimonio, cuya constricción ocurrirá en la última etapa del proceso judicial que le condenar por pérdidas y daños. No se admite que la demanda judicial sea un modo de enriquecimiento sin causa del ofendido, pero igualmente se rechaza la idea de que este quede desasistido y sin la integral reestructuración de todos los daños ocasionados por la actuación irregular del ofensor.

El daño se traduce como un *minus* entre todo lo que el perjudicado poseía y lo que pasó a tener tras la ocurrencia de un

---

<sup>201</sup> BEVILÁQUA (1960), citado por José Náufel (1988, p. 678), afirma que el daño emergente (*damnum emergens*) es lo que efectivamente se perdió; es la disminución actual del patrimonio. Define también los lucros cesantes (*lucrum cessans*), caracterizados por lo que efectivamente se dejó de lucrar; es la disminución potencial del patrimonio.

determinado evento. Si consideramos el carácter puramente material, existirá daño emergente cuando el acervo patrimonial del individuo sufre reducción, y habrá lucro cesante cuando él deja de razonablemente recibir las ventajas de naturaleza económica en virtud de determinado hecho<sup>202</sup>.

Existen, aún, daños de naturaleza moral, los cuales no son ni emergentes desde el prisma material, y tampoco lucros cesantes, constituyendo una categoría autónoma que está sometida a las mismas reglas legales de afirmación, pero también a otras normas distintas para fines de cuantificación. Sobre el efecto de los daños, cabe decir que son de naturaleza personal, ya que son daños relativos al propio ente en sí, o a sus proyecciones en la sociedad, como por ejemplo, las lesiones al cuerpo o a una parte del cuerpo (componente físico), o al psiquismo (componente intrínseco de la personalidad), en que se ofende la libertad, la imagen, la intimidad, etc.. Son morales los daños a los atributos valorativos (virtudes) de la persona como un ente social, o sea, integrada a la sociedad; como el honor, la reputación, las manifestaciones del intelecto, que nada más son que elementos que individualizan esa persona como un ser. Son patrimoniales los perjuicios de carácter económico, ocasionados por lesiones a bienes materiales (corpóreos) e a derechos (incorpóreos) que componen el acervo de la persona<sup>203</sup>.

---

<sup>202</sup> AGUIAR DIAS (1994, p. 89) observa que em regra os efeitos do ato danoso incidem no patrimônio atual, cuja diminuição ele acarreta. Isso não exclui o dano futuro, que consiste na diminuição ou impedimento a benefício a ser percebido, com certeza, à vítima. Daí, a divisão entre dano positivo e lucro frustrado, *damnum emergens* e *lucrum cessans*.

<sup>203</sup> BITTAR, 1989, p. 17.

El daño material puede tener su *quantum* analizado a través de elementos objetivos. La indemnización se basará en la cuantía así definida, que será extraída del patrimonio del ofensor y entregada al perjudicado. El daño moral, a su vez, es reparado por una condenación de índole económica que no representa una indemnización en sentido estricto, pero sí un sistema que engloba un tríptico objetivo: compensar el perjudicado por la lesión sufrida, punir el ofensor y dar un ejemplo didáctico a la colectividad. El daño ocasionado por el abogado está regulado, en cuanto a su composición, por las reglas generales de la responsabilidad civil, como se mencionó anteriormente.

#### **4.5.3 La prueba de la ocurrencia de los daños alegados**

El mecanismo de responsabilidad del abogado varía conforme el tipo de contrato celebrado con el cliente, pero siempre presupone, como base para su sustentación, la demostración de la existencia de culpa. Es deber del cliente, en el Derecho brasileño, probar la ocurrencia de daños y su extensión, pues así lo determina el art. 333, I, del Código Procesal Civil<sup>204</sup>.

En España la situación no es distinta, pues, en se tratando de una obligación de medio, la obtención del resultado pretendido por el cliente no depende de circunstancias materiales o empíricas,

---

204 MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon (1949, p. 623) afirman que no hay ninguna razón seria para establecer en materia contractual la derogación de los principios generales: “no solamente es necesario el perjuicio para que exista la obligación del deudor, ya que la simple inexecución no constituye presunción de daño en favor del acreedor, quedando este obligado, como en cualquier otro caso, a probar el perjuicio del cual exige reparación.”

pero sí de una manifestación de voluntad judicial. Esta puede, o no, ser coincidente con la alegada por la parte, e incluso puede variar en cuadros fácticos semejantes a partir de la manifestación de solo un órgano judicial<sup>205</sup>. Luego, en materia de responsabilidad civil de los abogados, no se puede hablar de inversión de la carga probatoria, cabiendo al cliente la demostración de que el resultado final le ha sido desfavorable, debido exclusivamente a la conducta culposa del profesional<sup>206</sup>.

Ante lo expuesto, es posible notar que el hecho de que el abogado incumpla el contrato no implica necesariamente en la obligación directa de indemnizar. Eso solamente ocurrirá caso el daño sea constatado y si quedar probado la relación de causalidad entre el daño sufrido por el cliente y la conducta del profesional. El perjuicio reparable es aquél verificado en el plan concreto, no habiendo como inferir su ocurrencia del contexto abstracto, no existiendo, tampoco, la posibilidad de admitir cualquier especie de presunción del daño. Es posible afirmar, así, que el daño indemnizable es aquél existente y cierto. Este existe cuando se manifiesta en el momento actual o en un período pasado; y es cierto, cuando su ocurrencia es concreta.

Cabe observar, sin embargo, que las repercusiones de la conducta lesiva pueden ser verificadas en un momento futuro, sin que se pierda la oportunidad de reclamar la debida recomposición del ofensor. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso en que el

---

<sup>205</sup> STS de 03 de octubre de 1998, nº 1479, RJ 8587.

<sup>206</sup> REGLERO CAMPOS, 2007, p. 832.

abogado pierde el plazo para contestar y provoca la condenación del cliente en una acción de indemnización por accidente de tráfico. Caso exista otra víctima del mismo evento, esta podrá utilizar la sentencia anterior como elemento para instruir su propia demanda, y, en el caso de que tenga éxito, podrá obtener una nueva condenación del mismo reo. Es innegable, de esta forma, que la rebeldía provocada por la inercia del defensor en la primera causa, sirvió como base para la otra demanda indemnizatoria. Cabrá al abogado indemnizar los perjuicios experimentados por el cliente en ambos los casos.

Es posible que la actuación culposa del abogado no provoque cualquier daño al cliente, no existiendo, así, el deber de indemnizar, como, por ejemplo, en el caso en que hay rebeldía en virtud de la inercia del defensor del reo, pero al final la demanda es juzgada improcedente. No habrá ningún perjuicio para el contratante, no existiendo el derecho de reclamar cualquier reparación.

Así, para determinar la cuantía del daño, el juez utilizará un criterio aproximativo, analizando cual sería la posibilidad de éxito del recurso. Si considerar que, de cualquier forma, la medida omitida no tendría éxito, el juez no podrá condenar el profesional, ya que no existiría daño a ser reparado. La aceptación de la pretensión del cliente contra su abogado debido a una conducta omisiva dependerá, por lo tanto, de la verificación de la existencia de un daño directa e efectivamente vinculado a este comportamiento omisivo. Luego, la responsabilidad quedará condicionada a la presencia de un fundamento cierto y claro de la demanda, y a la

certeza de que una actividad diversa hubiera sido más ventajosa para el cliente<sup>207</sup>.

#### **4.5.4 Criterios utilizados en la determinación del valor de la condena**

##### **4.5.4.1 Origen y evolución de la noción de pérdida de una oportunidad**

La cuantificación del valor indemnizatorio también es un aspecto que suscita debates entre tres corrientes distintas. Una de ellas, denominada *resarcitoria*, preconiza que el derecho del cliente consiste en percibir la totalidad del valor que le correspondería si no se hubiera frustrado su pretensión debido a una mala actuación del profesional. La otra, denominada *reparadora*, afirma que la indemnización será establecida a partir de una estimativa, cuya base es la probabilidad de que se hubiera tenido éxito si el profesional hubiese actuado de manera adecuada. Existe, aún, una tercera corriente, que afirma que los daños sufridos por el cliente son siempre de naturaleza moral, los cuales se traducen en lo que se denomina *pérdida de una oportunidad*<sup>208</sup>.

---

<sup>207</sup> D'ORSI, 1981, p. 117.

<sup>208</sup> YÁGÜEZ (2006, p. 37) todavía, afirma: “Sin embargo, los fallos son muy divergentes (desestimación de la demanda o estimación de la misma), en función de en qué consistió en cada caso la culpa imputada al profesional. Del mismo modo que son variados los criterios adoptados por los Tribunales a la hora de determinar cuál fue el daño experimentado por el cliente, lo que lleva a encontrar sentencias en las que se condena al abogado a indemnizar al cliente, (i) en la totalidad del interés económico que estaba en juego en el asunto, (ii) el daño patrimonial sufrido por el cliente, sobre la base de un “juicio de prosperabilidad” efectuado por el propio Tribunal (en definitiva, una estimación, producto de un “juicio dentro de un

Cabe resaltar que las primeras noticias que se ha tenido del empleo de esta teoría vienen de Francia, donde los tribunales empezaron a juzgar a los médicos, quienes eran, hasta entonces, considerados intocables en el ejercicio de su profesión. El primer caso llevado a la apreciación del Poder Judicial fue el de un profesional acusado de falta grave con las reglas de la profesión, el cual terminó siendo condenado. El primer fallo fue de la 1.<sup>a</sup> Cámara de la Corte de Casación, que analizó el recurso contra la decisión de la Corte de Apelación de París, proferida el 17 de julio de 1964, y relativa al evento ocurrido en el año de 1957. La Corte de Casación decidió que la existencia de presunciones graves, dotadas de armonía y precisión, tiene fuerza suficiente para viabilizar un veredicto de responsabilidad del profesional de la medicina. Afirmó también, que la pérdida de una única oportunidad es suficiente para la condenación, siendo desnecesario que el médico pierda muchas o todas las oportunidades de tratamiento adecuado del paciente<sup>209</sup>.

Con base en esto, y considerando la realidad jurídica existente en España, es posible afirmar, en consecuencia de la aplicación de una fórmula que lleva en cuenta el coste y el beneficio, conocida como Learned-Hand, que la responsabilidad es afirmada a partir del examen de la probabilidad del daño, de sus costes y de los encargos referentes a las medidas de prevención<sup>210</sup>.

---

juicio”), (iii) el daño moral sufrido por el cliente por haber visto frustrado su derecho de acceso a la justicia, o (iv) el daño del cliente consistente en la pérdida de oportunidad.”

<sup>209</sup> KFOURI NETO, 2001, p. 46.

<sup>210</sup> MONTERROOSO CASADO (2007, p. 32) afirma: En virtud de la fórmula de análisis coste-beneficio, conocida como la fórmula Learned-Hand, se atribuye esta responsabilidad en función de la adopción de medidas para evitar un resultado dañoso dependiendo de la probabilidad del daño, el coste del mismo y el gasto para prevenir el daño. En definitiva, esta fórmula compara los beneficios derivados de la reducción

Es un mecanismo de instauración del denominado “juicio dentro del juicio”, pues no considera precisamente la expresión económica de la pretensión frustrada, pero si el contexto en que ella está inserida y todas las circunstancias que le rodean.

Cabe afirmar que el ordenamiento jurídico español aplica el modelo de diligencia profesional para determinar la existencia, o no, de una actuación negligente del abogado. Tiene como base, para realizar esa operación, el estándar de lo que se considera un buen abogado en aquél contexto específico, extrayendo de eso el modelo que servirá de comparación para las demás situaciones concretas. No obstante, es posible conciliar esa orientación legislativa con la idea de “juicio dentro del juicio”, pues si la ley afirma los moldes de determinación de la responsabilidad civil, la fórmula Learned-Hand auxilia en la cuantificación del deber económico que surge de la conducta lesiva<sup>211</sup>.

#### **4.5.4.2 El juicio dentro del juicio**

Actualmente existe una sólida corriente jurídica que defiende la necesidad de aplicar los cánones relativos a ese modo de determinación de los daños y de la responsabilidad civil, también

---

del daño con el coste de prevención, en contraposición con el tradicional sistema de responsabilidad, que impone un deber de diligencia para evitar el daño, sin considerar estos parámetros.

211 MONTERROSO CASADO (2007, p. 33) asevera en este sentido:” Se entenderá que el abogado resulta responsable si su coste de prevención es menor que el daño previsto multiplicado por la probabilidad del mismo; por ejemplo, si no asiste al acto de la vista o si ejercita tardíamente las acciones judiciales oportunas. En el caso contrario, no se le podría atribuir la responsabilidad al abogado como sucedió en los supuestos contemplados por las SSAP de Cádiz de 23 de noviembre de 2002 y de Cantabria de 20 de octubre de 2000, en los que el abogado no interpuso recurso al considerar la no procedencia y prosperabilidad del mismo.”

conocido como pleito dentro del pleito<sup>212</sup>. Se afirma que, si no fuera así, en determinados casos podría establecerse una situación tan anormal que sería más ventajoso para el cliente el error del abogado, en que, por ejemplo, aquél dejaría de presentar el recurso pertinente, en vez de buscar nuevo juicio por medio del apropiado recurso. Eso ocurriría porque, en virtud del error, la persona recibiría un valor referente a una indemnización o reparación, por afirmar que ocurrieron daños materiales o morales. Ya en el caso de que no hubiesen ocurrido errores, el examen del recurso por la instancia superior podría acarrear un resultado final que, en términos económicos, no favoreciese en nada el recurrente. Es por este motivo que es necesario constatar el grado de probabilidad de éxito de la acción que dejó de ser realizada o que se realizó de forma deficiente por el abogado.

En España, en un pasado reciente, las acciones que buscaban una indemnización por parte de los abogados acusados de mala conducta profesional estaban siendo juzgadas por el Tribunal Supremo con base en posicionamientos muy cercanos de la responsabilidad objetiva. La jurisprudencia, posiblemente debido a la falta de informaciones más específicas sobre la materia, terminaba adoptando entendimientos que llevaban a la perplejidad recién mencionada, o sea, a la determinación de una responsabilidad con características de objetiva.

---

212 MARTÍ MARTÍ (2006, p. 43) es uno de los defensores de la idea: “El “pleito del pleito” es lo que en el argot procesal se denomina cuando en el proceso de reclamación de responsabilidad civil profesional por error se examina el fondo del proceso en que se produjo. En definitiva, si deben enjuiciarse las posibilidades de prosperar la demanda o acción del cliente en el proceso en el que se produjo el error para determinar el alcance de la responsabilidad del abogado.”

Sin embargo, a partir de algunos juicios realizados en el año de 2008, el Tribunal Supremo español revirtió el cuadro anterior, fijando de forma contundente la idea de responsabilidad subjetiva del abogado y determinando que la constatación del error solamente llevará al deber de indemnizar, cuando exista una convicción razonable acerca de la probabilidad de obtenerse un resultado favorable al cliente en el caso de que la conducta del profesional hubiese seguido la *lex artis*.

La relativa insuficiencia de estos posicionamientos establecidos por la doctrina y por la jurisprudencia demanda un perfeccionamiento de los métodos de cuantificación de los daños, para fines de reparación por el profesional de la abogacía. No es correcto el entendimiento de que toda falta cometida por el abogado genera siempre un daño moral, pues la simple constatación de que ocurrió una mala actuación no implica en la concreta pérdida – reparable – de una oportunidad jurídica<sup>213</sup>.

Conforme la propia terminología adoptada, solo habrá la pérdida de una oportunidad, si existía una oportunidad concreta de obtenerse un resultado provechoso para el cliente a través de la medida que se dejó de adoptar, o por medio de una acción diversa de aquella equivocadamente promovida. Por otro lado, el daño

---

213 MARTÍ MARTÍ (2006, p. 44) afirma: “Para el TS, en esta sentencia de 15 de noviembre de 2007, tratándose de la responsabilidad profesional de un abogado, el daño moral en que se traduce la pérdida de oportunidades procesales ha de tener como necesario presupuesto la existencia de tales oportunidades y de las expectativas frustradas, así como la efectiva afectación del derecho a la tutela judicial que le sirve de fundamento, lo que en modo alguno cabe admitir en el presente caso, en el que la parte demandante reconoció el hecho que motivó el despido disciplinario del que fue objeto, admisión que incide negativamente en el resultado del juicio probabilístico que ha de preceder a la determinación de los daños morales por semejante causa.”

moral puro solamente existirá en el caso de que no sea posible cuantificar numéricamente la extensión del perjuicio estimado, sufrido por el cliente en virtud de la conducta culposa del abogado, ocasionando al contratante un manifiesto cuadro de sufrimiento psíquico, vejación, depreciación psicológica o constreñimiento.

#### **4.5.4.3 La opción por el objetivo de resarcimiento integral de la víctima**

En el plan concreto, la mejor solución siempre será aquella que conduzca a la indemnización de los daños materiales, en las modalidades daños emergentes y lucros cesantes. No se asocia a esa indemnización, por lo tanto, la reparación de los daños morales, pues la cuestión habrá sido tratada exclusivamente bajo el prisma material. Es posible aprovechar la idea de los daños a la moralidad apenas en los casos en que sea imposible evaluar pecuniariamente estos daños, como en el caso de una persona que busca al abogado para obtener una sentencia que no busca un contenido económico inmediato, como por ejemplo, en el reconocimiento de paternidad sin disputa de herencia, rectificación de registro civil, etc.. La pérdida de la chance, ocasionada por una mala actuación del abogado, producirá únicamente daños morales, traducidos en la obligación de pagar el valor fijado por el juez, conforme su prudente arbitrio.

La simple y pura alegación de la necesidad de resarcimiento, basada en la teoría de ocurrencia de daño material debido a la

alegada pérdida de una chance, sin que existan mayores cuestionamientos sobre la existencia de una efectiva pérdida en sentido técnico, posibilitaría el surgimiento de un gran riesgo para el ejercicio de la abogacía. Todo cliente que no tuviera una decisión judicial en su favor podría alegar una falta de su abogado y, con esto, buscar una indemnización, lo que perjudicaría la noción de que la responsabilidad del profesional solamente existe cuando se demuestra la existencia de culpa, la cual actúa como un elemento de asociación de la conducta al resultado lesivo.

Por otro lado, es también equivocado aserir que siempre se caracteriza el daño moral, sin que exista la necesidad de analizar el aspecto económico del asunto en debate. Es necesario verificar las causas del evento supuestamente lesivo y determinar la exacta medida de la participación del abogado en la frustración de los intereses del cliente. A partir de esto, la determinación llevará en cuenta el volumen económico que se perdió o que se dejó de ganar, basándose en el juicio hipotético de la viabilidad de la actividad que se dejó de realizar o que se realizó de forma errónea. La noción de daño moral queda reservada apenas para situaciones especiales, en que haya ocurrido la pérdida de una chance sin contenido económico determinable, que es lo que suele ocurrir en los casos en que no se busca una condena pecuniaria directa o indirecta.

De todas formas, la reparación deberá ser siempre integral, es decir, posibilitar que el perjudicado quede lo más próximo posible del estado en que se encontraba antes del evento dañoso. En lo tocante a la realidad española, y más precisamente en lo que se

refiere a los daños patrimoniales, se puede decir que la reparación integral se configura por medio de una de estas dos hipótesis: reparación específica o pura operación aritmética. Tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden encuadrarse adecuadamente en el principio de la reparación integral.

No ocurre lo mismo con los daños de naturaleza extrapatrimonial, ya que estos no presentan un valor aproximativo de referencia. Así, ni los daños directos a la personalidad, ni los daños corporales y los puramente morales pueden ser reparados integralmente. Debido a esto, es que en otros casos la reparación integral es considerada como una reparación '*in concreto*'. También se afirma sobre el tema que, si un daño no es pasible de una evaluación matemática, este no puede ser reparado de forma integral<sup>214</sup>.

La base normativa del principio de reparación integral del daño en el Derecho español es el art. 1.106 del Código Civil: "La indemnización de daños y perjuicios comprende, no solo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes". La doctrina no viene economizando críticas a su aplicación a los daños de naturaleza patrimonial, ya que efectivamente abandona la valoración de la discrecionalidad judicial y constituye un vacío normativo<sup>215</sup>.

---

<sup>214</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, p. 282.

<sup>215</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, p. 281.

Independientemente de la corriente de pensamiento adoptada, no queda dudas de que la determinación de la existencia o no de culpa, y también la fijación del montante de la reparación, queden establecidas y afirmadas en consonancia con las conclusiones extraídas de un severo y profundo examen del tipo de relación instituida entre las partes. Esto no dispensa, obviamente, el análisis de los deberes que fueron efectivamente asumidos por el profesional, y, por consiguiente, la verificación del tipo de incumplimiento ocurrido<sup>216</sup>.

Así, es posible percibir que, tanto en Brasil como en España, se considera – y no podría ser diferente – que no existe responsabilidad civil del abogado debido al simple fracaso de la causa patrocinada, siendo necesario que este se relacione directamente con la negligencia del profesional en observar los deberes inherentes a la actividad desarrollada. Por otro lado, es igualmente similar el entendimiento sobre el método de apuración de los daños, los cuales no se estiman a partir del valor nominal de la demanda o de la expresión económica de la pretensión en cuestión; y sí, se apuran a partir de la constatación de la probabilidad abstracta de éxito, que sería alcanzada en el caso de

---

216 MARTÍ MARTÍ (2003, p. 74), discurre acerca del tema, bajo el prisma de la jurisprudencia española:” La cuestión en debate y la atribución de la culpa al abogado aparece perfectamente definida en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2003. Es la última sentencia que se ha dictado para la fijación de los criterios para la cuantificación de los daños causados por el abogado que presenta una demanda o interpone un recurso fuera de plazo, y en ésta el Alto Tribunal parece advertir: cuando el órgano judicial enjuicia la posible responsabilidad del abogado por no entablar una demanda a tiempo -la acción prescribe o caduca - o por no interponer un recurso dentro del plazo establecido, puede o no - o tiene o no - que realizar ese órgano judicial una «operación intelectual» consistente en determinar con criterios de pura verosimilitud o probabilidad cuál habría sido el desenlace del asunto si la demanda se hubiese interpuesto o el recurso se hubiese formulado a tiempo.”

que el abogado hubiese cumplido fielmente la incumbencia asumida<sup>217</sup>.

#### **4.5.4.4 Las especies de daños originados de la pérdida de la chance**

No se puede dejar de reconocer la existencia de corrientes que defienden que los daños ocasionados al cliente por el abogado, en especial por la pérdida de una oportunidad, tienen naturaleza eminentemente moral. Se trata de un modo de pensar que permite solucionar casos específicos, en que no hay como apurar mediata o inmediatamente un perjuicio de naturaleza económica<sup>218</sup>.

Esa posición encuentra, incluso, un relevante respaldo jurisprudencial, según la cual, una mala actuación del abogado tendría como consecuencia la provocación de daño moral al cliente, debido a la frustración de la expectativa creada en el momento de la contratación<sup>219</sup>. Lo inconveniente de esta situación es el hecho de

---

<sup>217</sup> REGLERO CAMPOS (2003, p. 280) afirma que para reparar los daños y perjuicios es necesario realizar su valoración económica. Es necesario reconducir y traducir para un *quantum* los daños sufridos, para que estos puedan ser indemnizados. En este sentido, se debe tener como sustrato y aspiración deseable el principio de la reparación integral del daño, lo que implica una valoración '*in concreto*' o particular.

<sup>218</sup> MARTÍ MARTÍ (2003, p. 75) asevera: "En la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2003 se resuelve que el perjuicio a indemnizar consiste en privar del derecho de acceso a los recursos o de la tutela judicial efectiva, que es subsumible en la noción de daño moral. Es decir, este diferente punto de vista y esta disyuntiva de considerar si el abogado responde o no del proceso que se le encarga, obliga a cuantificar y delimitar el daño por su conducta negligente y conceptuarlo como daño moral. La solución, pues, es la de que el Juez señale a favor del cliente una indemnización (también de discrecional estimación) por el daño moral que al cliente le ha supuesto verse privado de la oportunidad de acceso a la Justicia a la que tiene derecho."

<sup>219</sup> Una vez acreditada una negligencia, la fijación de los daños y perjuicios se reconduce, normalmente, a la fijación del daño moral y no a la valoración del hipotético daño sufrido (SAP de Barcelona, 12 de diciembre de 2006, n. 455/2006).

que la condenación del profesional puede pasar a ser habitual, sin que haya existido cualquier especie de riesgo concreto al derecho del cliente, como en el caso de una apelación contra una sentencia cuya improcedencia era absolutamente cierta en virtud del contenido del proceso.

Sin embargo, existen otros mecanismos para establecer el montante debido por el abogado al cliente, en consecuencia del error cometido. En este sentido, cabe afirmar que el paso siguiente a la verificación del error es la identificación de la lesión patrimonial ocasionada a la persona. La jurisprudencia se divide en dos posiciones. La primera estableció un concepto que impide que se pase directamente a la valoración del daño como siendo aquél que se obtendría en el caso de procedencia del proceso.

Tratase, así, del concepto de oportunidad procesal perdida, de forma que la jurisprudencia impone al abogado negligente apenas la responsabilidad por la pérdida de la oportunidad de satisfacción de los intereses del cliente. Es decir, no se imputa al profesional la pérdida de los intereses en litigio, pero si la circunstancia de que desapareció la oportunidad de poder reclamarlos judicialmente. Existen entendimientos jurisprudenciales, sin embargo, que admiten incursiones en los conceptos intelectuales de éxito de la demanda iniciada<sup>220</sup>.

---

220 En el asunto n. 7208/2007, STS de 15 de febrero de 2007, así se determinó: “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 pueden existir en esta privación, al menos en circunstancias normales.”

En una decisión, del 18 de febrero de 2005, el Tribunal Supremo español condenó a un abogado a pagar el valor correspondiente al daño ocasionado a su cliente debido a su negligencia. La definición del valor se dio con base en el principio de la reparación integral del daño ocasionado, y la cuantía de la indemnización fue fijada conforme una parte del precio que dejó de ser abatido en la compra de un inmueble, debido a una equivocada actuación del profesional<sup>221</sup>.

La pérdida de una oportunidad ni siempre tiene un carácter económico, pero normalmente es posible visualizar la ocurrencia de afectaciones patrimoniales. Esta puede ser definida como el desaparecimiento de la probabilidad de un éxito favorable, o como la pérdida de la oportunidad de obtener una ganancia. Ese fenómeno debe ser interpretado de forma restrictiva, y su reparación jamás puede ser definida teniendo por base los mismos criterios que serían considerados en el caso de que el daño no hubiese ocurrido y el resultado fuese favorable al perjudicado<sup>222</sup>. En España, se considera que la oportunidad perdida consiste en el desaparecimiento de la posibilidad de presentar un pleito, iniciar una demanda o recurrir de una decisión judicial, debido a distintas causas, lo que en sí mismo representa un daño objetivo<sup>223</sup>.

La pérdida de una oportunidad también puede ser apreciada desde el punto de vista de la producción del daño moral puro, aunque sea un camino que todavía presenta muchos peligros. Esta

---

<sup>221</sup> MARTÍ MARTÍ, 2006, p. 52.

<sup>222</sup> DOMINGO, 2003, p. 231.

<sup>223</sup> DOMINGO, 2003, p. 231.

perspectiva fundamenta la reparación del daño atendiendo a la doctrina que considera que la pérdida de una chance es el elemento nuclear para la afectación del interés. En esta línea de raciocinio, existirá daño moral siempre que el abogado, por negligencia, imprudencia o impericia, dejar de realizar los servicios para los cuales fue contratado, haciendo con que su cliente pierda la posibilidad de acceder al Poder Judicial con toda la plenitud admitida por la legislación.

La solución antes mencionada es considerada viable en los casos en que no es posible determinar el grado de viabilidad que la actividad omitida por el abogado tendría ante el juicio competente. Así, el único mecanismo capaz de minimizar las consecuencias nefastas de esta conducta omisiva sería el tendiente a afirmar la ocurrencia de daño moral, cuya reparación tendría como base económica la cuantía establecida por el juez, conforme su propio juicio, llevando en consideración las peculiaridades del evento (cualidades de las partes, repercusiones de sus acciones, intención del ofensor, ,etc.).

Los tribunales españoles vienen profiriendo algunas decisiones que se coadunan con el posicionamiento recién mencionado, admitiendo en algunos casos la existencia de daño moral ante la imposibilidad de recurrir de una sentencia debido a la negligencia del abogado<sup>224</sup>. Entre otras cosas, se afirmó que,

---

<sup>224</sup> En la STS del 28 de noviembre de 2005, RJ 216, se afirma existir daño moral como consecuencia de la pérdida de oportunidad procesal, siempre que esta implique la posibilidad de acceder a una instancia superior para mantener determinadas pretensiones consideradas justas. La cuantificación, en este contexto, no coincide con el valor de la pretensión original, debiendo ser fijada teniendo por base criterios de justicia.

independientemente del juicio hipotético de procedencia o improcedencia que podría haber tenido el recurso de apelación (lo que sería absolutamente imposible de determinar en aquellas circunstancias concretas), lo cierto y verdadero es el hecho de que la negligente conducta profesional ocasionó un evidente y ostensivo daño moral a los clientes, ya que estos quedaron definitivamente privados del análisis y resolución, por parte del tribunal competente, del recurso de apelación, y de todos los demás recursos que podrían haber sido interpuestos<sup>225</sup>.

Aún sobre este tema, cabe resaltar que también se observa un cuadro semejante en el caso en que el abogado pierde un plazo procesal. El contratado tiene el deber de observar con rigor todos los plazos que surgieren en la tramitación del pleito. Pero eso no significa que la eventual desidia ocasionará, necesariamente, daños al contratante, ya que en muchos casos la opción de no recurrir, así como la ocasional pérdida del plazo, puede incluso evitar consecuencias nefastas al cliente, como, por ejemplo, en el caso de imposición de pena pecuniaria debido a la interposición de un recurso con la única intención de aplazar la demanda.

Esa repercusión amena no atenúa la circunstancia de que el profesional fue, en verdad, negligente y faltó con su deber de diligencia. Todavía, no deberá soportar ninguna responsabilidad civil, ya que la no ocurrencia de daños es elemento suficiente para

---

<sup>225</sup> En este sentido, SAP de Madrid de 11 de mayo de 1999 (RJ 1999, 1298).

reprimir cualquier pretensión<sup>226</sup>. No existiendo ninguna probabilidad racional de éxito de la medida que el abogado omitió, no habrá, por consiguiente, el deber de indemnizar, ya que una eventual actuación del abogado no habría ocasionado mayores beneficios al cliente<sup>227</sup>.

En verdad, para esa corriente de pensamiento, no se puede exigir del perjudicado que, además de tener que probar la ocurrencia del daño y la existencia de nexo de causalidad entre este y la conducta del abogado, tenga, aún, que demostrar que el resultado de la acción judicial le habría sido favorable si el abogado hubiese actuado en conformidad con las imposiciones de orden profesional. Eso configuraría un insuperable obstáculo de cuño subjetivo, ya que nunca sería posible determinar la posición que habría adoptado el juzgador si este o aquél recurso hubiera sido interpuesto, o si la opción hubiese recaído sobre un expediente distinto del que fue concretamente elegido.

Exigir del ofendido este conjunto de pruebas equivaldría a una inmunización completa del abogado, imposibilitando el acceso del cliente a la indemnización de los perjuicios soportados. Así, aunque el ordenamiento jurídico establezca la responsabilidad civil de los profesionales liberales que perjudican los intereses de sus clientes, el abogado utilizaría esa norma jurídica como una inmunidad de hecho, tal es la fuerza de la *probatio diabolica*, debido a la carga probatoria que recaería sobre el ofendido.

---

<sup>226</sup> ACEDO PENCO (2007, p. 117) afirma: “Pero, como se apuntaba al principio, la dificultad sobreviene cuando se aborda la liquidación del importe de la indemnización, ante la dificultad de determinar con exactitud cuáles han sido los daños y perjuicios sufridos.”

<sup>227</sup> STS de 08 de julio de 2003, RJ 4613.

Ante este cuadro, la única solución razonable sería la realización de un juicio hipotético de plausibilidad, a través del cual se constaten eventos, como la pérdida de una chance de que se discuta mejor el tema<sup>228</sup>, la perspectiva teórica de éxito que tendría la providencia omitida, la estimativa del valor que el perjudicado obtendría o dejaría de gastar si el abogado hubiera actuado correctamente, el montante de honorarios pagados y que serán restituidos, etc. En Europa, esa posición viene destacándose<sup>229</sup> y cabe destacar, por su relevancia, que no existirá daño a indemnizar, siempre que sea posible la supresión de los perjuicios – ocasionados por una mala actuación del profesional – a través de la interposición de recursos o acciones posteriores<sup>230</sup>.

#### **4.5.4.5 Fórmula general de determinación del *quantum debeatur***

La aplicación de la idea de la pérdida de una oportunidad no puede ser considerada como la solución para todos los males

---

<sup>228</sup> YÁGÜEZ (2007, p. 40) hace la siguiente observación: “La teoría de la ‘*perte de chance*’ es uno de los instrumentos técnicos a que acude la jurisprudencia francesa para resolver problemas de relación de causalidad en los que no es fácil llegar a una conclusión segura. Por medio de esa idea, algunas sentencias del país vecino llegan a indemnizaciones ‘parciales’ de las víctimas (es decir, no a la reparación ‘íntegra’) cuando la causalidad entre la culpa médica y el daño sufrido por el paciente no se puede establecer con total certeza.”

<sup>229</sup> Cfe. la SAP de Barcelona del 21 de diciembre de 2006: “En el daño moral se integran, con naturalidad, los criterios referidos a la posibilidad de éxito o de la “pérdida de oportunidad” de la actuación letrada fallida. Es decir, la reparación del daño moral se produce acudiendo a la pérdida de oportunidad que se ha ocasionado por impericia o falta de diligencia del abogado cuyos servicios profesionales se han solicitado. Ello significa que la indemnización se debe fijar en contemplación de las probabilidades de éxito del trámite perdido, sin que sea preciso un juicio exacto sobre las probabilidades de que el recurso triunfe, porque ello supondría llevar a cabo meras conjeturas.”

<sup>230</sup> STS de 1º de diciembre de 2008, RJ 1111.

relacionados a la dificultad de de apurar y cuantificar los daños en situaciones de esta naturaleza. Esto ocurre porque ni siempre los daños en virtud de la mala actuación del abogado ocasionarán perjuicios al cliente, como en los casos en que el derecho invocado en la demanda – en que ocurrió la negligencia, imprudencia o impericia – carece totalmente de plausibilidad<sup>231</sup>.

Conforme se definió en las decisiones de los tribunales españoles, la afirmación de estos daños está condicionada, por un lado, a la constatación de la presencia de todos los elementos de la responsabilidad civil: el nexo de causalidad y la imputación, y por otro lado, por la exigencia de que la pérdida de oportunidad de ganancia sea real y seria, es decir, que no sea puramente o demasadamente hipotética. En el examen de la existencia y certeza de estos daños siempre se llevará en cuenta la certeza, la importancia y el valor en sí de la pérdida de oportunidad o de expectativa. El daño existirá cuando la negligencia del abogado haga con que desaparezca la oportunidad de éxito de la propia pretensión, de ganar el litigio, de obtener una decisión favorable<sup>232</sup>.

Es razonable la comprensión de que cuando el daño apuntado por el perjudicado consistir en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental del derecho, en el sentido de una tutela

---

<sup>231</sup> YÁGÜEZ (2007, p. 45) enseña: “Al decir esto no se me ocultan, desde luego, los argumentos que la propia doctrina francesa ha formulado contra una excesiva o generalizada aplicación de la teoría de la *perte de chance*. Por ejemplo, no cabe olvidar los reparos expuestos por Savatier, cuando decía que conceder el juez una indemnización parcial a causa de las dificultades que encuentra para resolver el pleito, y bajo pretexto de que existía una “posibilidad” de que la culpa hubiese causado el daño, puede significar en realidad que la pretendida “oportunidad objetiva” se confunda con la “incertidumbre subjetiva” del juez sobre las causas del daño. Savatier añadía agudamente que la jurisprudencia basada en la *perte de chance* recuerda a las condenas con grandes atenuantes que a veces pronuncian los jurados poco convencidos de la culpabilidad del acusado.”

<sup>232</sup> DOMINGO, 2003, p. 232.

jurisdiccional efectiva, determina que, en un contexto valorativo, el daño deba ser apurado como patrimonial siempre que el objeto de la demanda frustrada indique como finalidad la obtención de ventaja de naturaleza económica. Eso implica, dentro de la perspectiva de procedencia de la acción de responsabilidad del profesional, en la necesidad de realizar un cálculo prospectivo de la posibilidad de éxito que podría tener la demanda frustrada.

Esa operación, que no es simple, puede ser realizada directamente durante la tramitación inicial de la causa, o, entonces, en el momento de la liquidación de sentencia, parte del proceso de conocimiento destinada a cuantificar el montante de los daños a partir de elementos adicionales a los presentados inicialmente.

El mecanismo que permite llegar a ese resultado no prescinde de la reconstrucción hipotética de la actuación procesal o de la actividad extrajudicial del abogado, pues, de esto, se podrá extraer un nivel de composición que sea capaz de distribuir, con justicia y corrección, las responsabilidades<sup>233</sup>. Sin embargo, el trabajo interpretativo mencionado no puede tener la irrealizable pretensión de conferir una certeza absoluta a lo que tenga naturaleza hipotética, ni de hacer que lo eventual se transforme en regla, y tampoco de producir racionios destituidos de viabilidad lógica.

La jurisprudencia española viene mostrándose favorable a admitir estos daños siempre que no se relacionen con el lucro cesante. Sin embargo, cuando la indemnización es requerida en virtud de la pérdida de una oportunidad de ganar, tanto la doctrina

---

<sup>233</sup> STS de 12 de diciembre de 2003, RJ 9285.

como la jurisprudencia ya se muestran mucho más cautelosas, especialmente en el momento de reconocer la procedencia del pleito y de fijar el montante de la indemnización, pues no se puede establecer un valor basándose en simples esperanzas. El éxito de la demanda contra el abogado depende de la prueba de que efectivamente se dejó de ganar.

Debe existir una debida relación de causa y efecto con el acto ilícito practicado por el agente, además de la probabilidad o verosimilitud de que, si no fuera la mala actuación, el autor de la demanda saldría victorioso y ganaría un cierto valor. La pérdida de la oportunidad, admisible como un daño cierto, es un daño presente y no futuro. Existía una chance, y esta desapareció definitivamente, saliendo del patrimonio del perjudicado. Las consecuencias de la pérdida son semejantes al fracaso de la oportunidad, pero, por supuesto, no pueden coincidir con esta<sup>234</sup>. En Italia, esta discusión influyó la adopción de una postura semejante a la anteriormente expuesta, la cual viene prevaleciendo en los juicios realizados por los tribunales del país<sup>235</sup>.

---

<sup>234</sup> DOMINGO, 2003, p. 233.

<sup>235</sup> O STUDIO GRIFASI (2006, p. 26) afirma lo siguiente: “Fino alla fine degli anni '90, il leading case in tema di responsabilità civile dell'avvocato è costituito dalla sentenza n. 1286 del 199829, con la quale i giudici hanno assunto un punto di vista in parte innovatore rispetto alle tendenze fin qui esposte. Innanzitutto, hanno attenuato la tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, nell'ambito della responsabilità professionale di avvocati e notai, affermando l'obbligo, per gli avvocati, di perseguire il buon esito della lite. In secondo luogo, hanno sostituito il criterio della ragionevole certezza con quello della sola probabilità, riconoscendo che il nesso di causalità fra la condotta del professionista e il danno subito dal cliente possa essere provato anche quando l'attività del professionista 'se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto non già la certezza, bensì serie ed apprezzabili possibilità di successo'. In ultimo, la Corte ha ritenuto di poter qualificare il danno subito dal cliente come danno da perdita di chance. La chance, o concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato, “non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, onde la sua perdita, id est la perdita della sua possibilità consistente di conseguire il risultato utile del quale risulti provata la sussistenza, configura un danno concreto e attuale.”

Si hay la pérdida de una oportunidad en virtud de la inercia o de la mala actuación del abogado (por incumplimiento de plazos, por ejemplo), la obligación de indemnizar se destinará a la composición de daños que pueden ser considerados emergentes, pues estos tienen como fuente la pérdida de una oportunidad actual e inmediata. Si existía una oportunidad procesal de éxito, aunque parcial, resultante de una pretensión económica deducida en juicio, la frustración de esta debido a una mala actuación del abogado producirá un daño patrimonial. Será necesario, de esta forma, valorar el interés frustrado. Así, el parámetro de valoración que debe ser empleado es el de la utilidad económica de la actividad – no realizada por el abogado o por él empleada de modo equivocado – que debería ser aplicada en el caso concretamente examinado.

Esa utilidad se traduce en la siguiente fórmula: sobre la expresión pecuniaria de la cuestión debatida (el valor de la causa discutida en juicio, por ejemplo) se aplica un coeficiente de reducción, que corresponde al nivel hipotético de éxito que tendría una correcta actuación del profesional. O sea, cuanto más plausible la pretensión del contratante, frustrada en la anterior demanda debido a una mala conducta profesional del abogado, menor es el coeficiente de reducción; y, obviamente, cuanto menos viable – en tesis – sea dicha demanda, mayor será el grado de sustracción que debe ser empleado.

Los casos de reparación de daños morales también se encajan en la idea de frustración de expectativa patrimonial. Aunque el bien jurídico afectado no tenga contenido económico inmediato,

integrando, por este motivo, el rol de los intereses extrapatrimoniales, la ganancia percibida con la demanda se incorpora en el acervo patrimonial del sujeto. Luego, la indemnización debida por el abogado, cuando obstaculizar el pleito o de cualquier forma inviabilizar su éxito, corresponderá al valor de que se dejó de ganar, observado el juicio de plausibilidad ya mencionado.

No es tarea fácil cuantificar la condenación, ya que la propia determinación del valor de reparación de los daños morales, caso la demanda en que el abogado actuó representando el cliente fuese procedente, es complicada, pues envuelve un posicionamiento desproveído de parámetros objetivos. Sin embargo, aún así el juzgador deberá establecer la responsabilidad del abogado ofensor, sopesando los elementos del proceso, conforme lo que se mencionó anteriormente.

Es interesante la postura que fue adoptada en un juicio de la Audiencia Provincial de Alicante, en España, donde se afirmó, en líneas generales, que la pérdida de una acción o de un recurso debido a la negligencia del profesional que defiende o representa al particular en cuestión, implica, en principio, el deber de reparar el daño moral, constituido por la privación plena o parcial del derecho de acceso a la tutela judicial.

Solamente en los casos en que el éxito de la medida no realizada fuese fácilmente apreciable, es que sería posible apreciar también la existencia de un daño material, constituido por la pérdida de los derechos debatidos en juicio; o, en otras palabras, es posible

verificar, a partir de una posición intermediaria, que la pérdida eventual de estos derechos podrá ser computada en la valoración de la indemnización debida, en virtud del pronóstico que merecería la acción o el recurso no interpuesto<sup>236</sup>.

Sea cual sea la línea de entendimiento adoptada, lo cierto es que la pérdida de una oportunidad, por si sola, no puede ser considerada como una fuente para la caracterización de daños morales. Ella, sí, tiene potencial para originar daños patrimoniales o extrapatrimoniales, conforme las particularidades de cada evento concreto. Solamente un detenido análisis del juez, considerados los elementos probatorios presentes en la demanda, que podrá revelar la exacta naturaleza de los daños ocasionados al cliente en virtud de la actuación del abogado<sup>237</sup>.

Evidentemente, existen situaciones en que el contratante no espera ningún beneficio pecuniario, y tampoco se esquivo del pago de valores. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se persigue la afirmación de un *non facere* (no construir al lado del terreno del

---

<sup>236</sup> STS de 25 de febrero de 2000, n. 568/2000.

<sup>237</sup> YÁGÜEZ (2007, p. 54): “Y es que una cosa es que nadie puede prever con absoluta seguridad que aquella reclamación podía ser obtenida ante los Tribunales, y otra distinta que no se obtenga porque no fue planteada, al no haberla incluido en la demanda, teniendo en cuenta que se trataba de una pretensión asociada a unos criterios lógicos y razonables de actuación profesional. La reclamación de daños y perjuicios, a cuya indemnización obliga todo incumplimiento contractual culpable, comprende no solamente los materiales o económicos, en su doble modalidad de daño emergente y lucro cesante (artículo 1106 del Código Civil), sino también los daños morales que directamente se deriven de aquél, siempre que unos u otros (o los dos), aparezcan debidamente probados; daños que son especialmente importantes en una persona como el recurrente que tenía como instrumento de trabajo la máquina retroexcavadora dañada. No se trata, por tanto, de que no hubiera obtenido un resultado favorable a los intereses de su cliente, sino de una actuación profesional errónea o negligente por parte del Abogado que asumió el encargo y no lo cumplió en los términos exigidos por la *lex artis*, al no haber acomodado su actuación a simples criterios de racionalidad y lógica en la formulación de las pretensiones más favorables al mismo, lo que fundamenta un criterio de imputación derivado de las normas que se citan en el motivo.”

litigante, por ej.). En estas circunstancias, no es posible aplicar la citada fórmula. Quedará la alternativa, en este contexto, de verificar si es un caso de ocurrencia de daños morales al cliente, momento en que el juez deberá, con base en su prudente arbitrio y en las reglas generales de la responsabilidad civil, determinar la indemnización debida.

Existirá daño moral, en este contexto, si la actuación del abogado resultar en una afronta a la esfera psíquica del cliente, como por ejemplo, cuando hay la realización de un protesto ante el notario debido al no inicio tempestivo de un pleito con el objetivo de evitar este protesto, o, con el envío del nombre del sujeto para los órganos de protección al crédito debido a la no impugnación de la supuesta deuda que generó dicho envío, y así por delante.

Mientras que todo daño moral efectivo deba ser objeto de una reparación estimada por el juez y dotada de la triple finalidad de compensar al perjudicado, punir el ofensor y servir de ejemplo didáctico y pedagógico para la sociedad, el esfuerzo intelectual de evaluación del daño patrimonial originado por la pérdida de una oportunidad con características pecuniarias demanda la adopción de criterios distintos. Estos comprenden desde la determinación de una indemnización equivalente al volumen económico del bien o derecho reclamado en la demanda judicial, hasta la completa negación de una indemnización en los casos en que se verificar, a través del examen de las circunstancias del caso, la manifiesta ausencia de un sustrato jurídico para que esta prosperase, o la

presencia de óbices que, por su gravedad, hiciesen inviable la demanda.

El daño debido a la pérdida de una oportunidad es hipotético y no motivará la indemnización siempre que exista una certeza razonable sobre la imposibilidad del resultado. La responsabilidad por la pérdida de una oportunidad exige que el perjudicado demuestre que se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para obtener una solución favorable. Caso contrario, no se podrá considerar que haya ocurrido perjuicio, y ni que se haya frustrado el pleito. En vez de esto, lo que habrá ocurrido es, incluso, un beneficio al supuesto perjudicado, ya que quedó libre de una acción inútil, de forma que ningún daño moral podrá existir, al menos en circunstancias normales<sup>238</sup>.

Tras la proposición de la demanda contra el abogado, el juez deberá elaborar un raciocinio lógico, un análisis hipotético relacionado a la demanda en que se alega el referido error, con la finalidad de determinar el nivel de pertinencia y de viabilidad de la chance que se afirmó desperdiciada. Aunque que sea constatada la existencia de error en el elemento antecedente, no habrá condenación del profesional si quedar demostrado que la oportunidad frustrada no tenía como prosperar si hubiese sido aprovechada<sup>239</sup>. Hasta la hipótesis de reparación de los daños morales quedaría comprometida, ya que la sola imposición de un

---

<sup>238</sup> YÁGÜEZ, 2007, p. 57.

<sup>239</sup> SANTARELLI ZULIANI (2003, p. 127) afirma: “Resulta que, si se confirmar que la acción no examinada (por error del abogado) estaba destinada al fracaso, caso fuera conocida y juzgada, el abogado, mismo equivocándose en el antecedente, no respondería por la consecuencia. Eso ocurre debido al hecho de que la obligación, mismo siendo mal desarrollada, terminó produciendo, por vías oblicuas, el único resultado que de ella se esperaba, o sea, absolutamente nada.”

padecimiento injusto generaría el derecho subjetivo. La simple presencia del sentimiento de frustración, el cual también sería experimentado caso la omisión no hubiera ocurrido, es insuficiente para motivar la condenación del profesional.

En este contexto, no se debe confundir la valoración discrecional de la compensación debida en virtud de la provocación de un daño moral con el deber de realizar un cálculo prospectivo de oportunidades de éxito de la acción mal conducida por el abogado, de la cual resultarían daños de índole material debido a la pérdida de oportunidad. En este último caso, sin embargo, el daño ni siempre es cierto en cuanto a su cuantificación, pues la frustración de demandas procesales no produce, necesariamente, un perjuicio igual al de la pretensión deducida y, después, no alcanzada. De esta forma, el esfuerzo exegético del juzgador necesitará tener como base el ideal de atender, con el mayor rigor posible, el principio *restitutio in integrum*<sup>240</sup>, elemento configurador de la noción de reparación integral del daño ocasionado.

Por fin, en caso de que no sean factibles ninguna de las operaciones, el derecho del contratante perjudicado por el profesional se limitará a la restitución de los valores pagos por los honorarios y a los gastos que tuvo para iniciar la desafortunada demanda. Todo eso, lógicamente, sin olvidar que ni toda actuación culposa genera perjuicios, motivo por el cual, incluso existiendo una

---

<sup>240</sup> YÁGÜEZ (2007, p. 58) afirma: “Sus consecuencias pueden ser distintas, especialmente en la aplicación del principio de proporcionalidad que debe presidir la relación entre la importancia del daño padecido y la cuantía de la indemnización para repararlo.”

conducta irregular, el abogado no responderá civilmente en los casos en que no existan daños.

Así, si no existía una oportunidad procesal efectiva de un probable éxito económico futuro en la demanda, no existirán daños materiales o morales a reparar. Para alcanzar ese nivel de investigación, es necesario que el juzgador realice un *juicio dentro del juicio*, es decir, evalúe los elementos de la demanda y verifique si de ella podrían resultar provechos financieros, tanto debido a la directa captación de recursos pecuniarios, como la perspectiva de que el demandante no tuviese que desembolsar valores en el caso de que resultara victorioso<sup>241</sup>. También actuando mal, el abogado solamente deberá restituir los honorarios recibidos, como también los gastos procesales soportados por el contratante, como por ejemplo, costas procesales, honorarios periciales, conducción de servidores para cumplimiento de actos del proceso, etc..

## **4.6 Relación de causalidad**

### **4.6.1 La definición tradicional del nexo causal**

---

<sup>241</sup> YÁGÜEZ (2007, p. 60), afirma: “Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial (aun cuando, insistimos, en un contexto descriptivo, ligado a la llamada a veces concepción objetiva, el daño padecido pueda calificarse como moral, en cuanto está relacionado con la privación de un derecho fundamental), el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba 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.”

Existe nexo causal cuando entre el evento ilícito y el daño existe una relación de causa y efecto. Esa conexión ocurre tanto debido a una actuación positiva (acción) como debido a un cuadro negativo (omisión), de forma que el daño provocado deba ser reparado por el agente en la medida de la responsabilidad verificada. Cabe destacar la circunstancia de que no existe diferencia estructural entre el nexo de causalidad basado en la acción del sujeto y el derivado de su omisión, ya que en ambas se encuentra la semilla de la responsabilidad civil relacionada a los daños experimentados por la víctima.

La existencia de un nexo causal entre la actividad (y, de forma más mediata, la conducta omisiva) del sujeto a quien se imputa el daño y el hecho dañoso, viene, históricamente, constituyendo un elemento característico de la responsabilidad civil. Paralelamente al que ocurre con el criterio de la imputación, la generalización de los sistemas objetivos de responsabilidad también viene perdiendo espacio para una profunda revisión de los postulados clásicos de la relación causal. En el Derecho español actual, en lo que se refiere al tema de los daños, el protagonismo está siendo asumido por los mecanismos de valoración de los daños<sup>242</sup>. Aunque se trate de una tendencia que se está acentuando paulatinamente, no es posible ignorar que prevalece hoy la idea de imputación fundada en el elemento subjetivo.

---

<sup>242</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, P. 722.

En muchos de los sistemas jurídicos más avanzados, ni siempre es necesaria una relación causal entre el daño y la conducta de un determinado sujeto. Es suficiente que el perjuicio haya ocurrido dentro de un determinado ámbito, es decir, el de la aplicación de la norma especial, para que sea imputable al sujeto designado por ella; o, entonces, que haya ocurrido en el seno de una determinada actividad para que la imputación sea dirigida contra quien sea su titular<sup>243</sup>.

No existe diferencia jurídica entre el actuar y el omitir como elementos capaces de generar el daño, los cuales, caso estén acompañados del nexo causal de la conducta con el resultado lesivo, producirán el deber de reparar, que incidirá sobre el responsable<sup>244</sup>. Tanto cuantitativa como cualitativamente, el componente de hecho que desencadena el resultado siempre es el mismo, en lo que se relaciona a la obligación originada de la conexión técnica entre el comportamiento y el daño.

#### **4.6.2 El nexo causal en la mala actuación del abogado**

Solamente es posible hablar de responsabilidad civil del abogado, en lo que se relaciona a los perjuicios ocasionados por

---

<sup>243</sup> REGLERO CAMPOS 2003, p. 303.

<sup>244</sup> STS n. 64, 23 de febrero de 2010: “La responsabilidad del abogado frente a su cliente por los actos u omisiones llevados a cabo con motivo de su actuación profesional -en la que se le exige diligencia superior a la del buen padre de familia-, hace obligado traer a colación la relación de arrendamientos de servicios concertada, en la que a virtud de su cualificación profesional y de las prescripciones estatutarias, ha de exigirse aquella siempre y cuando por dolo o negligencia se lesionen los derechos o intereses de la persona que ha contraído sus servicios, como relación fundada en el principio de confianza por la que se obliga el profesional a suministrar unos medios técnicos mediante la adecuada contraprestación.”

una supuesta falta suya en el desarrollo de la actividad profesional, si estos daños son una consecuencia directa de su actuación negligente, imprudente o imperita<sup>245</sup>. En otras palabras, es necesario que los perjuicios puedan ser atribuibles al tipo de comportamiento realizado por el abogado. Cabe destacar que la imposición legal, en el sentido de que exista un nexo de causalidad que sustente la pretensión del cliente perjudicado, responde a una necesidad de verificación del elemento anímico del agente, ya que no es posible la imputación objetiva de la responsabilidad a los profesionales liberales<sup>246</sup>.

Para confirmar la presencia del nexo causal, el juzgador debe apreciar el tema bajo la óptica de quien pretende localizar un elemento de conexión entre la conducta y el resultado, con base en los hechos presentes en los autos. La responsabilidad civil será manifiesta cuando, en conclusión, quede patente que la actuación comisiva u omisiva del profesional funcionó como *conditio sine qua non* del perjuicio alegado por el cliente. Caso no sea posible vislumbrar esa relación de causa y efecto, no existirá la

---

<sup>245</sup> De la STS, 1ª, 23.5.2001 (RJ 3372) se extrae que “(...) la obligación del abogado, de indemnizar los daños y perjuicios, ha de surgir de la omisión de la diligencia debida en la prestación de sus servicios profesionales atendidas las reglas técnicas de su especialidad, comúnmente admitidas y las particulares circunstancias del caso y teniendo en cuenta que una vez acreditado el nexo causal entre la conducta del letrado y la realidad del daño, emergerá la responsabilidad de aquél y su obligación de repararlo, sin que, por lo general, ese daño equivalga a la no obtención del resultado de la pretensión confiada o reclamación judicial: eventos de futuro que, por su devenir aleatorio al concurso o socaire no sólo de una diligente conducta sino del acierto en la correspondencia del objetivo o respuesta judicial estimatoria, escapan o distorsionan una arriesgada estructuración.”

<sup>246</sup> La STS de 30 de marzo de 2008, RJ 2129, afirma que no existen daños indemnizables cuando el resultado de la acción es desfavorable al cliente y el resultado se demuestra razonablemente aceptable ante el cuadro establecido por el debate en la demanda. Especialmente, cuando no puede ser atribuido a una omisión que no es objetiva, cierta y concretamente imputable al profesional.

responsabilidad civil, pues faltará uno de sus elementos más relevantes<sup>247</sup>.

Para que se considere presente el nexo, la conducta del sujeto debe haber ocasionado el resultado dañoso. Pero no es imprescindible que esta sea la única y exclusiva causa, ya que la lesión puede haberse originado de múltiples causas. En este caso, cada uno responderá por su participación en el resultado final lesivo, desde que la conducta sea un factor decisivo en la provocación del daño.

Para la configuración del citado nexo, por lo tanto, es necesario probar que el daño ocurrió debido a la conducta del sujeto del cual se pretende obtener la indemnización. En la identificación del nexo causal, existen dos cuestiones que deben ser analizadas. Primeramente, existe la dificultad de su prueba; y también existe la problemática de la identificación del hecho que constituye la verdadera causa del daño, principalmente cuando este deriva de múltiples causas.

Ni siempre es posible establecer la causa directa del hecho, es decir, su causa eficiente<sup>248</sup>. En el caso de la relación entre el abogado y su cliente, en gran parte de las veces esta no es una tarea simple, para que este produzca una prueba en este sentido. Cabe recordar que la emisión de un juicio condenatorio no puede ser realizada con base en simples conjeturas, siendo impositivo el pleno convencimiento del juzgador, lo que solamente es factible a

---

<sup>247</sup> RODRÍGUEZ, 2000, p. 305.

<sup>248</sup> SALVO VENOSA, 2004, p. 39.

partir de su plena convicción sobre la presencia del nexo de causalidad.

Cabe observar, también, que hay una cierta dificultad en la determinación del nexo de causalidad<sup>249</sup>. Los problemas causales surgen del hecho de que toda consecuencia es, normalmente, el resultado de una pluralidad de causas, y de la constatación de que todas ellas, independientemente de ser directas o indirectas, remotas o próximas, constituyen un antecedente sin el cual el resultado no habría ocurrido. No obstante, y a pesar de que, efectivamente, cuando el antecedente causal es una actividad humana, en pocos casos se puede hablar de causa única, dentro de una perspectiva física o material, siendo relativamente frecuente que una de las causas del hecho lesivo sea tan determinante que no surjan problemas causales<sup>250</sup>.

Es relevante obtemperar la necesidad de llevar en cuenta el hecho de que la responsabilidad civil del abogado puede no mostrarse viable cuando el nexo causal, desencadenado originalmente por su comportamiento, es interrumpido por la ocurrencia de culpa de una tercera persona o de la propia víctima<sup>251</sup>. Esto ocurre cuando a la conducta del abogado se mezcla

---

<sup>249</sup> El Tribunal de Justicia de São Paulo así decidió: “*Advocacia - Ação movida pelos clientes visando à restituição de honorários, em face do prejuízo que o patrono lhes causou - Atividade limitada ao oferecimento de exceção de incompetência de Juízo e litispendência - Desídia do advogado que não oferece a certeza moral para se concluir: ‘se outro fosse o comportamento, não haveriam os autores perdido a demanda’ - Remuneração circunscrita apenas aos serviços prestados - Restituição devida, acrescentando-se a correção monetária - Recurso provido, em parte, para esse fim*” (RJTJSP 68/45).

<sup>250</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, p. 305.

<sup>251</sup> SERRA RODRÍGUEZ, 1998, p. 227.

una actitud exógena capaz de, por si misma, provocar el resultado lesivo, rompiendo el nexo de causalidad primitivo. Eso es lo que sucede, por ejemplo, cuando el profesional, que deja de presentar un recurso dentro del plazo y lo hace tardíamente, no produce la causa final del daño, pues su cliente no había providenciado los valores necesarios para el preparo del recurso.

Como se puede percibir, aunque la conducta del profesional fuera suficiente para generar el perjuicio, este terminó teniendo como fuente principal la ausencia del preparo del recurso. De esta forma, aunque el recurso hubiese sido interpuesto tempestivamente, es la falta del pagamiento, imputable exclusivamente a la parte, que produce el daño. Con esto, se exonera por completo al abogado de cualquier responsabilidad ante el contratante.

Tras el análisis de la cuestión anterior y del tema en carácter general, cabe decir que es extremadamente difícil probar que, caso el abogado hubiera actuado dentro de las fronteras impuestas por la ciencia jurídica, el resultado habría sido distinto, favoreciendo al contratante. Para tener una certeza absoluta sobre este aspecto, sería necesario ingresar en la esfera íntima y subjetiva del juzgador, lo que, evidentemente, es totalmente imposible. Por esto, es relevante que, tras la verificación del nexo de causalidad entre la conducta del profesional y el daño, se abstraiga el análisis, para que se pueda verificar si la lesión argüida por el cliente consistió en la pérdida de una oportunidad de litigar con mayor eficiencia, o si

realmente existió un fracaso imputado al tipo de comportamiento adoptado.

En las situaciones de causa única el problema causal consistirá, fundamentalmente, en descubrir si la conducta o actividad del sujeto eventualmente responsable tuvo la necesaria influencia para provocar el resultado dañoso, así como para decidir si todos los daños que fueron consecuencia de este hecho pueden ser imputados a este mismo sujeto. Queda, así, plasmado el problema de la proporcionalidad de la imputación causal, que se traduce en la circunstancia de verificar si de un determinado hecho causal emanan consecuencias lesivas que, debido a circunstancias extraordinarias, alcanzan una intensidad desproporcionada en relación a las que normalmente derivarían de hechos idénticos o análogos<sup>252</sup>.

#### **4.6.3 Breve análisis comparado del nexo causal y de las principales teorías**

Al tratar del nexo causal, la jurisprudencia italiana defiende el entendimiento de que la responsabilidad civil del que, como abogado, presta labor de naturaleza intelectual, ocurre debido a conductas marcadas por la negligencia en el desarrollo de la actividad contratada. Hay, y no podría ser de otra forma, la necesidad de probar, por parte del acusador, la existencia del daño y del nexo de causalidad entre el comportamiento del profesional y

---

<sup>252</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, pág. 306.

el resultado lesivo verificado. Sin esa relación de causalidad no habrá responsabilidad civil del profesional, la cual es subjetiva y depende de la prueba, por parte de la víctima, de la culpa en la actuación del abogado en la provocación del daño<sup>253</sup>.

El art. 403 del Código Civil brasileño dispone: “Aunque la inejecución resulte del dolo del deudor, las pérdidas y daños solo abarcan los perjuicios efectivos y los lucros cesantes que resulten directa e inmediatamente de ella, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley procesal.” Como se puede percibir, el nexo estará presente siempre que el hecho analizado haya actuado como origen suficiente para el resultado. Obviamente, recae sobre quien buscó la pretensión el deber procesal de probar la existencia del nexo causal, como elemento de incidencia de las normas relativas a la responsabilidad subjetiva de los profesionales liberales.

En España el rumbo seguido no es distinto, donde prevalece el principio general de que el nexo causal entre la conducta o actividad del responsable y el evento lesivo debe ser probado por quien reclama la reparación. El Tribunal Supremo español adopta la siguiente fórmula: para la declaración de la responsabilidad es necesario que exista una prueba cabal acerca del nexo de causalidad entre la conducta del agente y la producción del daño,

---

<sup>253</sup> O STUDIO GRIFASI (2006, p. 30), sobre el tema, discurre: “E’ costante giurisprudenza della Corte di Cassazione ritenere che “la responsabilità professionale del prestatore d’opera intellettuale nei confronti del proprio cliente, per negligente svolgimento dell’attività professionale, presuppone la prova del danno e del nesso causale tra la condotta del professionista e il danno del quale è richiesto il risarcimento. Spetta al cliente dimostrare innanzitutto di aver subito un danno, secondariamente che il danno sia eziologicamente connesso alla negligente condotta del legale. (...). Pur ammettendo la possibilità di un giudizio ipotetico, il cliente deve dimostrare non solo la colpa del professionista e il danno patito, ma anche che “il risultato si sarebbe con certezza ottenuto, onde trarne la conseguenza che il mancato conseguimento dipendeva da irregolarità della prestazione d’opera professionale con rapporto di causa ad effetto, secondo le ordinarie regole del nesso di causalità.”

no siendo suficientes simples conjeturas o la existencia de datos fácticos que, por mera coincidencia, lleven a pensar que exista una posible correlación entre los acontecimientos<sup>254</sup>. Por otro lado, como ya se mencionó anteriormente, es temeraria la inversión de la carga de la prueba, ya que no hay ninguna debilidad del cliente ante el abogado.

El contenido del ordenamiento jurídico brasileño revela la opción del legislador por la denominada teoría de la *causalidad directa o inmediata*. Aunque el art. 403 del Código Civil haga referencia expresa a la responsabilidad contractual, el principio que de él emana abarca con el mismo vigor la responsabilidad extracontractual, sea de naturaleza subjetiva u objetiva. Considerando ese contexto, es posible afirmar que el ordenamiento jurídico brasileño considera presente el nexo de causalidad siempre que el daño verificado en el plan concreto sea consecuencia inequívoca de una causa determinada. A partir de este raciocinio, tanto el daño provocado directa e inmediatamente (la abolladura en un vehículo, por ejemplo) como aquél generado indirecta o mediatamente (la depreciación de un bien debido a un daño que impidió que se reconstituyera su estado anterior, por ejemplo) son atribuibles a la causa que originalmente desencadenó el evento lesivo.

La *teoría de la causalidad directa o inmediata* del daño fue una de las primeras en surgir como mecanismo destinado a explicar

---

<sup>254</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, pág. 337.

en qué situaciones una determinada conducta puede ser considerada como suficiente para provocar la imputación causal. Conforme esa teoría, la viabilidad de la imputación del daño al sujeto exige apenas que esté presente un nexo de causalidad que no haya sido roto por otra serie causal extraña a la anterior<sup>255</sup>. La principal crítica que esta teoría recibe es la de que en muchos casos ella no sería de gran utilidad, en especial cuando la causa próxima fuese considerada a partir de un análisis exclusivamente temporal, lo que implicaría en la exclusión de antecedentes causales más remotos que podrían influir en el resultado final de una forma tan o más intensa que la causa inmediata<sup>256</sup>.

Todavía, cabe destacar que el eventual surgimiento de las denominadas *concausas* puede interferir en la solución anteriormente citada, desde que estas hayan actuado como un elemento capaz de retirar de la causa primitiva el papel de catalizador de los daños. Así, si en el ejemplo anteriormente citado, no se hace un adecuado arreglo del vehículo debido a la falta de capacidad del profesional elegido por la víctima, el agente que provocó el accidente no estará obligado a reparar el daño mediato o indirecto, ya que este se originó, inmediata y directamente, de la impericia del profesional escogido.

En este contexto, no se aplica la denominada *teoría de la equivalencia de las condiciones*, por medio de la cual se podría invocar cualquiera de las causas aptas a provocar el resultado

---

<sup>255</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, p. 310.

<sup>256</sup> STS de 13 de febrero de 1999 (RJ 1999/1236).

lesivo – independientemente del agente que la produjo – con el objetivo de afirmar la responsabilidad civil. Además de presentar el inconveniente de hacer con que la solución sea demasiadamente simple, la referida teoría no lleva en consideración la efectiva causa del evento lesivo, o sea, desprestigia la rigurosa averiguación acerca de una cuestión básica: cuál ha sido, realmente, la causa eficiente que llevó a aquél específico efecto<sup>257</sup>.

Esa teoría no se aplica en el Derecho brasileño, debido al expreso tenor del art. 403 del Código Civil. Por lo demás, su aplicación práctica quedaría prácticamente inviable, debido a la amplitud numérica de sujetos pasivos que emergerían del hecho de que todas y cualesquiera causas serían suficientes para la responsabilidad civil de los implicados.

Existe aún otra corriente de pensamiento acerca de la causalidad, denominada *teoría de la causalidad adecuada*. Por medio de ella, se considera capaz de producir el resultado lesivo la causa que, entre todas las demás, se revelar efectivamente apta para provocar las consecuencias lesivas verificadas en el ámbito concreto. Para esto, se busca extraer, a partir de criterios seguros y razonables, o de la verosimilitud verificada en el cuadro examinado

---

257 CAVALIERI FILHO (2003, p. 68), sobre el tema, afirmó: “Esa teoría no hace distinción entre causa (lo que depende de una cosa en cuanto a su existencia) y condición (lo que permite a la causa producir sus efectos positivos o negativos). Si varias condiciones concurren para el mismo resultado, todas tienen el mismo valor y la misma relevancia, todas se equivalen. No se indaga si una de ellas fue más o menos eficaz, más o menos adecuada. Causa es la acción u omisión sin el cual el resultado no hubiera ocurrido, sin diferenciar la mayor o menor relevancia que cada una ha tenido. Por esto, esa teoría también se denomina *conditio sine qua non*, o de la equivalencia de condiciones (...). Esa teoría es criticada por el hecho de que lleva a una exasperación de la causalidad y a una regresión infinita del nexo causal. Por medio de ella, estaría obligado a indemnizar la víctima de un atropellamiento no solo el conductor del vehículo que conducía con imprudencia, pero también el que le vendió el coche, quien lo fabricó, quien facilitó la materia prima, etc.”.

o también en otros casos similares, cuál de los hechos puede ser considerado como causa jurídica del daño. Los elementos y factores que se agregan a ella quedan relegados a un segundo plan, aunque hayan contribuido para la ocurrencia del resultado final. En suma, en el momento de imputar el daño, es necesario alejar del contexto, para que se pueda determinar la causa adecuada, las demás causas que por sí mismas no provocarían el resultado lesivo.

Aunque actúe más de un individuo, y aunque diversas sean las causas, solamente es responsabilizado el sujeto que, con su comportamiento, propiciar el surgimiento de la causa con el potencial suficiente para generar aquél resultado específico. En España, el perfeccionamiento de los mecanismos de reparación están haciendo con que la teoría de la causalidad adecuada – también conocida como teoría de la causa eficiente – sea utilizada de forma prevalente por el Tribunal Supremo español<sup>258</sup>.

Esa *teoría de la causalidad adecuada o eficiente* tiene como punto de partida la misma base empleada por la teoría de la equivalencia de condiciones. Sin embargo, esto ocurre en un plan físico o material, ya que en el ámbito jurídico, ni todos los antecedentes causales que produjeron el resultado lesivo actúan sobre el contexto con la misma significancia y con el mismo vigor. Se trata de una teoría construida sobre la base de los denominados *juicios de probabilidad*, idealizados por Von Kries<sup>259</sup>.

---

<sup>258</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, p. 313.

<sup>259</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, p. 311.

El raciocinio aplicado en el desarrollo de la referida teoría es pragmático: si en determinadas hipótesis un cierto evento es consecuencia necesaria de otro, también existirán hipótesis en que el resultado final será probable, y otras en que será improbable. Esto sin excluir la circunstancia de que en determinadas situaciones el resultado jamás podría ser consecuencia lógica de un determinado antecedente fáctico. La teoría en estudio utiliza una de las hipótesis anteriores, cual sea, la que abarca la consecuencia probable del hecho analizado. A todo eso se suma el examen de las circunstancias que puedan haber contribuido para el resultado final verificado.

Incluso teniendo similitudes con la teoría de la causalidad directa o inmediata consagrada por el art. 403 del Código Civil brasileño, la teoría de la causalidad adecuada no tiene el mismo vigor o practicidad. Esto ocurre porque, en muchas de las veces, la tarea de elegir, entre las múltiples causas aquella que determinó la ocurrencia del daño, no era factible, debido a la necesidad de una intervención altamente subjetiva por parte del juzgador, lo que haría con que la percepción variase de un juzgador para otro, suscitando posiciones contradictorias y conflictivas en situaciones semejantes<sup>260</sup>.

---

<sup>260</sup> ROSSI, (2007, p. 27) afirma: “Se percibe que esa teoría, así como la antecedente (equivalencia de las condiciones)), genera resultados exagerados e imprecisos, estableciendo un nexo etiológico entre todas las posibles causas de un evento dañoso y los resultados efectivamente producidos, por ser equivalentes o abstractamente adecuadas a producirlos, se alejando de lo que fue expresamente determinado por el artículo 403 del actual Código Civil.”

#### **4.6.4 Influencia de las denominadas concausas en la afirmación del nexo**

El surgimiento de las denominadas *concausas* trae consigo la necesidad de otras consideraciones. Ellas nada más son que causas asociadas a la causa principal, cuya repercusión contribuye solamente para agravar el resultado lesivo final, sin que, todavía, actúen como un elemento de manifestación, en el origen, del resultado dañoso propiamente dicho.

Las concausas no tienen el poder de afectar el nexo de causalidad original que, de una manera autónoma, provocó la ocurrencia del episodio lesivo. Este fue motivado por la causa primitiva, y tiene sus consecuencias negativas ampliadas debido a las concausas. Eso no significa que ellas tienen que verificarse tras la eclosión inicial del hecho dañoso, pues existen concausas que le anteceden, como también, otras que le son posteriores, o que se presentan al mismo tiempo que la causa directa e inmediata.

Evidentemente, si un determinado acontecimiento que es considerado una concausa tiene una tal relevancia que termina actuando como un elemento impulsador del evento dañoso, como la propia causa inmediata y directa, habrá una duplicidad de causas generadoras del daño en su esencia. Luego, serán responsabilizados todos los agentes que estén vinculados a este nexo de causalidad; y de una manera solidaria, conforme el art. 942 del Código Civil, ya que la solidaridad es una de las fuentes del acto ilícito.

Cabe observar que el agente de la concausa genuina, es decir, de aquella que no determina la ocurrencia del daño pero que amplía su extensión, responderá civilmente conforme los perjuicios ocasionados a la víctima. Ya el sujeto que provocó el evento dañoso también será responsabilizado, observada la medida de su contribución para el resultado final, conforme la verificación realizada con base en el debido proceso legal.

#### **4.6.5 Culpa exclusiva de la víctima en la producción del resultado**

Un tema vinculado al anterior es el de la exclusión de la responsabilidad civil del abogado por culpa exclusiva de la víctima, la cual es un evento imprevisible para el profesional y que repercute intensamente en la solución de las demandas llevadas a juicio. Su ocurrencia no solo supone la ausencia de culpa de la otra parte, como interfiere intensamente en la relación de causalidad que inhibe la hipótesis de imputación<sup>261</sup>. La culpa de la víctima es un elemento suficiente para excluir la responsabilidad del abogado, aunque esto no ocurra de manera autónoma. En verdad, ella provoca la ruptura del necesario nexo causal entre la conducta y el resultado lesivo. En la práctica de los tribunales, en los casos que no tratan de la actuación de los profesionales liberales, es mucho más común la afirmación de la concurrencia de culpas que la atribución del daño únicamente al comportamiento de la víctima,

---

<sup>261</sup> REGLERO CAMPOS E OUTROS, 2008, p. 878.

pues se asocian actos causales practicados tanto por el abogado como por el perjudicado.

En el ámbito de la responsabilidad civil del abogado, no es desmedido imaginar situaciones de imputación exclusiva, a la víctima, de las causas que desencadenaran su propio infortunio. Eso es lo que ocurre, por ejemplo, cuando el profesional impetra el recurso dentro del plazo y el cliente no paga los costes Judiciales necesarios para tal. Evidentemente, se trata de una situación debida solamente a la conducta del perjudicado, siendo cierto que la deserción del recurso no se debió a cualquier comportamiento imputable a su defensor.

#### **4.6.6 La mejor adecuación de la causalidad directa o inmediata**

En lo que se refiere a la responsabilidad civil del abogado, se aplica, por no existir un motivo plausible para exceptuar la regla general, la teoría de la causalidad directa o inmediata. Luego, inciden en este cuadro todas las variantes y particularidades antes referidas, incluso lo que se refiere a la eventual verificación de concausas emanadas de otros abogados que hayan actuado antes del responsable directo e inmediato, o que a este sucedan. Todo esto, siempre con la determinación estricta de la participación individual en el escenario lesivo que se constituye en desfavor del cliente. Dicha responsabilidad se refiere únicamente a los actos que el profesional practicó, no siendo considerados, para tal fin, los practicados por otro profesional antes o después de su actuación.

No hay como atribuir responsabilidad al abogado por los equívocos practicados por su antecesor en una demanda ya propuesta, excepto si él propio provocar nuevos daños independientes de los ocurridos anteriormente. Por esta misma razón, el abogado que es sustituido por otro en una demanda no responde por los daños ocasionados por su sucesor, excepto en el caso de subrogación, que es cuando ambos podrán ser obligados a componer los perjuicios ocasionados al cliente, en la medida de sus culpabilidades. El subrogante, cuando elegir mal el subrogado (en el caso, por ejemplo, de un abogado criminalista que es llamado para iniciar una acción civil y genera perjuicios) responderá, conjuntamente y de forma solidaria, por los daños que su sucesor provocar.

# **CAPÍTULO V.- RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO Y SU RELACIÓN CON LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN**

## **5.1 Consideraciones generales**

### **5.1.1 Bipartición de la responsabilidad en contractual y extracontractual**

Conforme afirmado anteriormente, el abogado responde civilmente con base en la estructura ordinaria de la responsabilidad disciplinada por el ordenamiento jurídico. La cuestión de la responsabilidad civil del abogado engloba, también aspectos que, como veremos más adelante, demandan un intenso esfuerzo interpretativo y la necesidad de crear y fijar soluciones. Esto ocurre pues no es sencilla la temática sobre la naturaleza de los daños ocasionados, la cual se revela aún más tormentosa cuando es asociada al debate sobre la cuantificación de los mismos.

La culpa necesaria para originar la obligación de indemnizar no es distinta de cada una de las formas de responsabilidad antes

mencionadas. Es suficiente la constatación de que existió una conducta culposa y que de ella resultaron daños para que el agente, no habiendo excluyentes pasibles de ser aplicadas, sea obligado a indemnizar. Todavía, cabe mencionar que el tema de la estrategia utilizada por el abogado no implica, en la mayoría de las veces, cualquier tipo de responsabilidad, ya que la independencia y la autonomía del profesional permiten que este haga la elección que crea mejor para su cliente. Solamente cuando manifiestamente dejar de seguir las orientaciones obvias de la legislación, de la doctrina y de la jurisprudencia es que él podrá ser responsabilizado, desde que, por supuesto, de su actuación resulten daños al contratante. Esa es una posición clara, tanto en los tribunales brasileños como en los españoles<sup>262</sup>.

En lo que se refiere al reconocimiento de la culpa, y a la modalidad en que esta debe estar inserida para fines de responsabilidad del abogado, no es posible establecer distinciones basadas en el hecho de que se trata de un evento ocurrido en el ámbito de un contrato, u originado en un hecho ilícito sin un previo acuerdo entre las partes. En cualquiera de las hipótesis, es suficiente la existencia de la culpa para que de inmediato surja la obligación de reparar los daños que de ella resulten.

La culpa contractual no es más intensa o severa, ya que lo que se examina es la conducta del agente y la extensión de los daños producidos a partir del comportamiento que infringe la regla

---

<sup>262</sup> En la SAP de Zaragoza, 1º de febrero de 1994 (a923) donde se debatía el alcance de cierta regla de derecho, supuestamente mal analizada por el abogado, quedó asentado: “(...) no hay culpa del abogado, porque lo que se le reprocha es una cuestión de interpretación de una norma jurídica.”

puesta<sup>263</sup>. La distinción ocurrirá solamente en el momento de cuantificar el valor que debe ser entregado por el abogado al cliente, momento en que se debe considerar el grado de culpa y las circunstancias del evento.

Las modalidades extracontractual y contractual de responsabilidad civil fundamentan sus respectivas estructuras en la misma idea central, es decir, en la de la existencia de culpa del agente del daño. No obstante, hay diferencias que necesitan ser evidenciadas, ya que la especie extracontractual tiene una naturaleza general e independientemente de un previo ajuste de voluntad entre las partes (como, por ejemplo, en un accidente de tráfico en que el autor es obligado a indemnizar al perjudicado), y, por otro lado, la contractual deriva del hecho de que las partes involucradas celebraran un pacto que les vincula en la medida por ellas determinada<sup>264</sup>.

---

263 PONTES DE MIRANDA (1958, p. 458), apud DIAS (1994, p. 124) establece perfectamente esa realidad jurídica: “La culpa es la misma para la infracción contractual y para la delictual. EL adagio ‘in lege Aquilia et levissima culpa venit’ no significa que La culpa contractual deba ser más grave. Ambas pueden resultar de actos y omisiones: obligaciones de hacer, de dar, obligaciones de no hacer, de no dar. Actos ilícitos positivos, actos ilícitos negativos. En lo que se relaciona a las cláusulas exonerativas, si existen distinciones entre las responsabilidades delictuales y las contractuales, también existirá entre aquellas, como especie, y entre estas. Por lo tanto, el criterio de distinción fallaría.

<sup>264</sup> AGUIAR DIAS (1994, p. 128-129) afirma que esas diferencias emanan de la naturaleza del derecho violado. En la primera, es dentro del contrato cuya experiencia necesita ser demostrada es que se debe buscar, encontrar y precisar el derecho violado por el deudor. En la culpa extracontractual, esa cuestión se direcciona al derecho positivo. La identidad genérica de la culpa que se presenta en el raíz de las dos responsabilidades es indiscutible. Eso, sin embargo, no excluye las diferencias específicas proporcionadas por la calidad del derecho violado. (...) Sin duda, la culpa cambia de aspecto, lo que lleva a la necesidad de establecer diferencias. Pero el hecho de percibir y reconocer que ella puede presentar, en un momento la forma contractual, y en otro la forma extracontractual, de ninguna manera influye en la unidad del concepto fundamental.

### 5.1.2 Presupuestos básicos de cada modalidad

Al analizar la cuestión por la óptica teórica, se puede percibir que no existen grandes obstáculos en la determinación de las diferencias entre las responsabilidades contractual y extracontractual. La responsabilidad contractual tiene su mayor presupuesto en el incumplimiento, o en el cumplimiento inexacto o parcial, de las obligaciones derivadas de un contrato, en el cual no quedan satisfechos los derechos de crédito, y, además de esto, y en carácter eventual, es causa de daño o perjuicio suplementar para el acreedor. Si el incumplimiento es imputable al deudor por fuerza de un adecuado título, la ley le obliga al cumplimiento, tanto *in natura* o por su equivalente, y, además de esto, a reparar el daño suplementar que ocurrir. Por otro lado, la responsabilidad extracontractual tiene como presupuesto la ocurrencia de un daño sin que exista, entre el ofensor y el ofendido, una relación contractual previa, o caso esta preexista, el daño sea completamente ajeno al ámbito que le es propio<sup>265</sup>.

La presencia de factores comunes que nortean las dos formas de responsabilidad civil no dispensa el análisis de cada una en particular, debido a las circunstancias antes mencionadas y a su influencia en el momento de definir cuál será la solución adoptada en el caso concretamente examinado. Si, por un lado, en sus elementos primarios existe una similitud de tratamiento, por otro, las responsabilidades contractual y extracontractual, como también la

---

<sup>265</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, pág. 121.

culpa necesaria para desencadenar la incidencia de una u otra, revelan facetas distintas. De otro lado, el mecanismo de determinación de su incidencia – especies de prueba, amplitud de los daños, etc. – también es distinto, aunque basado en la misma idea de culpabilidad.

La responsabilidad civil contractual presupone el no cumplimiento de una obligación libremente establecida en el contrato por las partes, o que en este esté inserida por fuerza de ley. Ya la extracontractual, siempre emana de la ley, como resultado de la práctica de una ilicitud debido a la no observancia de un deber jurídico preexistente. En otras palabras, el principio de la autonomía de la voluntad es quien produce la obligación de naturaleza contractual, mientras que la extracontractual existe debido a normas que establecen deberes autónomos e independientes de cualquier manifestación de voluntad previa.

Sea cual sea el modo por el cual se establece la relación jurídica entre el abogado y el cliente, lo cierto es que de ella emanan obligaciones de carácter profesional para el contratado. Entre estas está, desde un momento inicial, la de desarrollar correctamente los servicios ajustados y de guardar estricta fidelidad para con el contratante, bajo pena de responsabilidad por los daños cuya existencia sea perfectamente demostrada<sup>266</sup>. Con esto se aleja, obviamente, la hipótesis de aplicación de la responsabilidad objetiva, ya que los profesionales liberales solamente se someten a

---

<sup>266</sup> STS de 28 de enero de 1998, nº 25.

la modalidad subjetiva, que tiene como presupuesto principal la culpa<sup>267</sup>.

La infracción culposa del derecho originado en una relación de negocio hace con que surja la culpa contractual. Todavía, si lo que se infringe es un principio general del derecho, estaremos ante la denominada culpa extracontractual o aquiliana. Cabe mencionar, aún, la posibilidad de ocurrencia de responsabilidad pre-contractual, verificada en los casos de lesión a un derecho en las etapas anteriores a la formación del contrato<sup>268</sup>. Se afirma, también, y con razón, que la culpa contractual se configura en la inejecución, previsible y evitable, por una de las partes o por sus sucesores, de una obligación originada en un contrato<sup>269</sup>. Cabe observar, todavía, que ambas las modalidades demandan la presencia de culpa, daño y nexo causal entre el elemento anímico del agente y el resultado lesivo al derecho ajeno<sup>270</sup>.

Debido a esa particularidad, gran parte de las legislaciones establecen regímenes distintos para el infractor. En el Código Civil español, los arts. 1.101 y siguientes, relativos a las obligaciones

---

<sup>267</sup> STS de 23 de febrero de 2010, nº 64.

<sup>268</sup> GOMES (1997, p. 153) desarrolla bien el tema al observar que la responsabilidad del infractor se clasifica conforme la naturaleza de la infracción. Si preexiste un vínculo obligacional, se denomina responsabilidad contractual. En caso contrario, se dice que es extracontractual o aquiliana. Si todavía no existe relación obligacional y el derecho afectado no es primario, existirá la responsabilidad pre-contractual.

<sup>269</sup> SAVATIER, René, 1939, p. 135.

<sup>270</sup> Posición similar tienen los tribunales españoles, conforme se puede verificar en el asunto STS de 12 de febrero de 2008, n. 6678/2008: “La jurisprudencia viene exigiendo que para la apreciación de la responsabilidad civil del abogado el resultado dañoso se concrete, al menos, en una pérdida de oportunidades de buen éxito de la acción suficientemente justificada, la cual no concurre cuando existe la posibilidad de enmendar el daño mediante recursos o acciones posteriores.”

(pese a haberse pensado para las de naturaleza contractual), establecen un régimen genérico de responsabilidad obligacional. Por otro lado, los arts. 1.902 y siguientes fueron creados para reglamentar las obligaciones extracontractuales. Con todo, en el plan de las disposiciones citadas también está incluida la responsabilidad por daños extrapatrimoniales, ya que estos también se originan del incumplimiento de un deber genérico que, con carácter genérico, es determinado por ley<sup>271</sup>.

En lo que se refiere a la prueba de la culpa, cabe resaltar que la de naturaleza extracontractual necesita ser demostrada por el ofendido; ya la contractual, cuando relacionada con un deber de resultado, se verifica por la simple inobservancia del deber establecido en el pacto, siendo deber del deudor confrontar la presunción de culpa emanada de la no ejecución del pacto. Hay, aquí, de un cierto modo, una inversión del deber de prueba. Si la obligación pactada es de medio, el no cumplimiento, por sí solo, no implica la presunción de culpa, cabiendo al ofendido demostrarla en el comportamiento del ofensor.

Transponiéndose el análisis para el ámbito de la responsabilidad civil del abogado, es evidente que si este actuó con culpa y provocó daños al cliente, responderá debido al no cumplimiento de una obligación contractual. Por otro lado, si los daños fueron provocados a un tercero extraño a la relación contractual establecida, la responsabilidad del abogado será, en

---

<sup>271</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, p. 121.

relación a la víctima, de naturaleza extracontractual. No podemos olvidar que sobre el abogado también inciden obligaciones profesionales que se originan directamente de la ley y que no dependen de previsión contractual expresa, como por ejemplo, la de rendir cuentas de su actuación. Estas obligaciones están generalmente concentradas en el mismo vínculo contractual, ya que junto a los poderes específicos indicados en el contrato están aquellos que emanan de las normas legales y dicen respeto a las relaciones del abogado con su cliente y de aquél para con terceros<sup>272</sup>.

En el plan práctico, la utilización de un tipo de culpa en vez de otro, que termina siendo constatado a lo largo de la demanda, no perjudica al demandante. A este cabe presentar los hechos, y al juez, determinar el derecho. Pues el juzgador presumiblemente conoce las reglas jurídicas (*jura novit curia*). En verdad, el demandante no está obligado a referirse a los aspectos de la ley, siendo suficiente que describa las circunstancias en que ocurrieron los hechos. Luego, si el autor afirma la existencia de culpa contractual y el juez percibe que se trata de una infracción a un deber puramente legal, deberá condenar al reo por ocasionar daños al cliente mientras se desarrollaba la relación existente entre las partes<sup>273</sup>.

---

<sup>272</sup> REPRESAS, 1996, p. 125-126.

<sup>273</sup> AGUIAR DIAS (1994, p. 130) afirma que la parte no debe ser perjudicada por el hecho de que no se caracterice rigurosamente el tipo de culpa demandada por el reo.

## 5.2 Responsabilidad contractual

### 5.2.1 Momento de instalación de los deberes ante el cliente

Los profesionales liberales se someten a los preceptos relativos a la responsabilidad contractual a partir del momento en que pactan con el cliente la ejecución de una actividad determinada, inherente a la labor que deban ejecutar<sup>274</sup>.

El vínculo del abogado con su cliente, bajo un prisma contractual, empieza en el momento en que hay el ajuste de voluntades. Los derechos y los deberes de los contratantes, en lo que se relaciona con el tenor del pacto, surgen de inmediato. No es necesario que el abogado represente concretamente a su cliente ante el juez para que esto ocurra, ya que ambos están vinculados por un contrato cuya eficacia se hace presente de manera instantánea. Como prueba de esto está el hecho de que si el abogado deja de iniciar una cierta demanda señalada en el contrato, podrá ser responsabilizado por los daños que venga a sufrir el mandante<sup>275</sup>. Eso ocurre porque actúan como elementos accesorios de la ejecución contractual propiamente dicha, sirviendo

---

<sup>274</sup> DINIZ (2001, p. 230) afirma que a los profesionales liberales y a las profesiones manuales, sea cuando se obligan a la ejecución de una cosa, como, por ejemplo, el arquitecto o el pintor; sea cuando se vinculan a la prestación de sus servicios, como, por ejemplo, el abogado, el médico, el dentista, el enfermero, se aplican las nociones de obligación de medio y de resultado, que se originan en un contrato. Luego, la responsabilidad originada en estas obligaciones deberá ser contractual.

<sup>275</sup> DIAS (1994, p. 322) asevera que en el período anterior al desarrollo del mandato, la responsabilidad del abogado puede advenir, aún, de la omisión de providencias preliminares, destinadas a la protección de los derechos del cliente.

de base para tomar las providencias centrales indicadas en el pacto.

Cabe observar, siguiendo el modelo de estudio comparado del tema, que en España predomina el entendimiento de que entre el abogado y el cliente, en la mayoría de las veces, se constituye un contrato de arrendamiento o de prestación de servicios, y no de mandato. Existe, con todo, en las dos situaciones, una relación contractual entre las partes, de la cual resulta la idea de responsabilidad civil fundada en el incumplimiento de los deberes contractuales<sup>276</sup>.

Siguiendo este raciocinio, son muchos y muy rigurosos los requisitos para la afirmación de la responsabilidad civil del abogado, sin los cuales, y en nombre de la necesaria seguridad jurídica en relaciones de esta naturaleza, no se podrá imputar al profesional la obligación de reparar los daños que el cliente, que le encargó la ejecución de una determinada actividad, supuestamente sufrió. Dichos requisitos son, en resumen: a) la existencia previa de una relación contractual entre el abogado y el cliente, por medio de la cual él se compromete a realizar un determinado trabajo en cambio de una contraprestación económica; b) acción u omisión culposa del abogado en el cumplimiento de su obligación contractual; c) conducta antijurídica o imputable subjetivamente al profesional; d) daño producido por esa acción u omisión; e) relación de causalidad

---

276 MONTERROSO CASADO (2007, p. 47) discurre en este sentido: “Respecto a la responsabilidad civil, el abogado se encuentra sometido a responsabilidad contractual si existe una relación jurídica previa entre ambas partes en virtud de un contrato de arrendamiento de servicio. En este sentido, la responsabilidad civil derivada de la actuación negligente del abogado es un tipo más de responsabilidad profesional, derivada de contrato de prestación de servicios (SSTS de 28 de enero y 25 de marzo de 1998 y 8 de junio de 2000, entre otras).”

entre la acción u omisión culposa del abogado y el daño provocado al cliente<sup>277</sup>.

### **5.2.2 Actividad pre-contractual del abogado**

Tras el análisis de lo anterior, cabe investigar el tema de la actividad pre-contractual del abogado. Entre el periodo inicial de las negociaciones y la celebración del pacto, el profesional tiene algunos deberes para con el sujeto que busca sus servicios. Existen tres fases perfectamente destacables en el camino de la formación del contrato: negociaciones preliminares (etapa anterior a la formación del vínculo), propuesta y aceptación. Es a la primera de ellas – negociaciones preliminares – que nos dedicaremos en este apartado, ya que la propuesta es la etapa de formación del contrato y la aceptación en momento en que este se perfecciona.

Uno de los deberes existentes en la fase pre-contractual, que incluso se expande para las fases posteriores y para el periodo de cumplimiento del pacto, es el de actuar con buena fe y probidad. Así, por ejemplo, si el abogado rompe inmotivadamente las negociaciones preliminares, ocasionando perjuicios a la otra parte, deberá reparar los daños que deriven de de esta conducta irregular.

Otras obligaciones también pueden ser citadas: la ciencia de que existe obstáculo que impide la formación del contrato entre el abogado y el cliente (la suspensión temporaria del derecho de ejercer la profesión debido a una sanción disciplinar, por ejemplo),

---

<sup>277</sup> MONTERROSO CASADO, 2007, p. 58.

la infracción al deber de lealtad, la omisión de informaciones técnicas relacionadas con la causa objeto de la consulta, etc.. De la infracción de los deberes contractuales emerge la denominada culpa *in contrahendo*, de la cual emana la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana del agente<sup>278</sup>.

El deber de actuar con buena fe es el elemento principal que suscita la realización de un apurado examen, pues en la práctica engloba, de manera directa o indirecta, todos los demás deberes que se aplican a las negociaciones preliminares. En fin, el consentimiento del cliente sobre la contratación del profesional depende de las impresiones que este tuvo en los encuentros previos al contrato – momento en que extraerá los datos básicos sobre el abogado a quien pretende confiar sus pretensiones – y de las peculiaridades del interés en cuestión. Con eso, podrá emitir lo que se denomina *consentimiento informado*, que es la base de toda contratación técnicamente perfecta<sup>279</sup>.

### **5.2.3 La expresa determinación de obligaciones en el ámbito del contrato y las obligaciones *ex vi legis***

---

<sup>278</sup> CRESPO MORA (2007, p. 250) observa: “Pero aunque la tesis favorable a la responsabilidad extracontractual sea la que cuente con más adeptos, hay que recordar que la mayoría de los autores que se pronuncian al respecto parten de un supuesto concreto: la ruptura injustificada de los tratos preliminares. Sin embargo, las hipótesis que pueden agruparse bajo el fenómeno de la responsabilidad precontractual son muy variadas, por lo que habrá que averiguar si todas han de recibir el mismo trato o, por el contrario, cada una merece un trato diferenciado.”

<sup>279</sup> CRESPO MORA (2007, p. 245) dice: “Estas informaciones pre-contractuales pueden recaer sobre las condiciones jurídicas de contratación del servicio (por ejemplo, circunstancias que afectan al prestador del servicio o a su independencia, el precio u honorarios profesionales, el beneficio de justicia gratuita etc.) o pueden referirse a la prestación objeto del contrato (las alternativas de actuación y prosperabilidad previsible de las mistas etc.).”

Tras examinar rápidamente la cuestión de los deberes precontractuales, es necesario ahora retomar el núcleo del estudio. Con base en el principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden celebrar pactos de acuerdo con su conveniencia, desde que respeten las reglas establecidas en la ley. Tanto en los casos de acuerdos típicos o nominados, como en las hipótesis de contrataciones atípicas (las que carecen de reglamentación legal específica) o innominadas (las que no tienen un *nomen juris* definido en ley), las reglas contractuales idealizadas por los celebrantes les vinculan como si existiese una ley específica para disciplinar el caso, teniendo eficacia solamente sobre los que de él participan.

Así, cualquier infracción a los deberes regulados por los interesados caracteriza una ilicitud generadora de responsabilidad contractual, caso se provoquen daños a la parte inocente<sup>280</sup>. De ella resulta el deber de indemnizar los perjuicios ocasionados, conforme recién mencionado, desde que se cumplan los demás requisitos citados<sup>281</sup>. Así, estará garantizado el acceso del perjudicado al Poder Judicial, para que pueda buscar la reparación de los daños experimentados.

---

<sup>280</sup> GOMES (1997, p. 144) enseña que el deber contractual del obligado consiste en hacer todo lo necesario para cumplir la prestación debida, evitando que esta perezca. Por esto, si él concurre de cualquier forma para el no cumplimiento, despreciando el deber de diligencia, la inejecución será culposa.

<sup>281</sup> MIRANDA SUÁREZ (2007, p. 30): “Ya no cabe duda que cumpliéndose los supuestos de la responsabilidad contractual, esto es, existencia de un obligación contractual válida y vigente; que tal obligación no se haya cumplido o haya dejado de cumplirse por una de las partes contratantes; que se haya ocasionado como consecuencia del incumplimiento un daño a la contraparte, y que el incumplimiento verificado se deba a la culpa o dolo de la parte infractora, se generará la responsabilidad civil del abogado.”

Los deberes contractuales, en principio, son aquellos definidos en las normas legales de estructuración de cada tipo contractual específico. Al disciplinar los contratos en especie el legislador define cuales son los deberes inherentes a las partes celebrantes, que necesitan soportarles debido al simple hecho de haber empezado dicho enlace contractual y tomado asiento en aquella relación específica. Son las obligaciones básicas de la modalidad contractual elegida, que tiene la ley como fuente única y exclusiva. Por obvio, también inciden sobre los celebrantes los deberes laterales, accesorios o anexos de cualquier contrato, especialmente en lo que se refiere a la buena fe exigida de los que pretenden participar de cualquier relación contractual.

En España, el incumplimiento de las obligaciones contractuales por el abogado, implica la incidencia del contenido genérico del art. 1.101 del Código Civil español: *“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”*. Este no se distingue mucho de la realidad jurídica brasileña, pues el art. 475 del Código Civil establece: *“la parte perjudicada por el no cumplimiento puede pedir la resolución del contrato, caso no prefiera exigir su cumplimiento, cabiendo, en cualquier de los casos, indemnización por pérdidas y daños.”*

No obstante, es necesario considerar la posibilidad de que los celebrantes hayan ajustado verbalmente algunos aspectos determinados de la relación contractual, o, por ejemplo, que la parte

escrita del pacto se limite a la firma del mandato, y la aceptación del deber de representación por el abogado. Lógicamente, nada impide que el contrato entre las partes sea verbal. Eso, sin embargo, hace con que las dificultades se multipliquen en el caso de que uno de los celebrantes desee producir pruebas sobre lo que fue pactado, ya que no existen elementos que posibiliten conocer – incluso por medio de una eventual exegesis basada en el contexto en que se inserían las partes – cual fue la literal construcción jurídica establecida. En este caso, el esfuerzo interpretativo del juez llevará en cuenta las peculiaridades concretas, como: especie de trabajo asumido y desarrollado por el abogado, naturaleza de la prestación pactada, existencia de un principio de prueba escrita (mandato que hable de los elementos relativos a los poderes y a la actuación del abogado, por ejemplo) y así por delante. Excepto por su mayor complejidad en la interpretación, el contrato verbal no se distingue en nada, en cuanto a su valor jurídico, del pacto celebrado por escrito<sup>282</sup>. De esto se puede percibir la complejidad del tema, cabiendo destacar que, no habiendo como invertir el deber probatorio, debido a la imposibilidad de su aplicación a las relaciones contractuales establecidas con profesionales liberales, cabe al cliente probar la existencia y el contenido de la relación jurídica establecida.

---

282 MOREO ARIZA (2007, p. 35), sobre el asunto, enseña: “No es tampoco un factor desdeñable para entender la complejidad de la materia el hecho de que no sea usual la forma escrita en este tipo de contratos, a pesar de su relevante alcance económico y la trascendencia de los intereses en juego, lo que conduce a dejar sin prueba clara aspectos como el del objeto del encargo, la retribución, el ámbito de las decisiones que puede el abogado adoptar con independencia, entre otros. En caso de que el resultado del encargo no sea el apetecido, la ausencia de pacto escrito nos sitúa ante un escenario complejo para acreditar las obligaciones asumidas por el profesional y el encargo transmitido por el cliente.”

En Brasil, la responsabilidad contractual es regulada por diversos dispositivos del Código Civil. El art. 247, establece: “Incorre en la obligación de indemnizar pérdidas y daños el deudor que rehusar la prestación que solo a él fue impuesta, o solo por él es exequible.” El art. 248, a su vez, determina: “Si la prestación del hecho se hace imposible sin culpa del deudor, se resolverá la obligación, y si por su culpa, este responderá por pérdidas y daños.”

El abogado está vinculado al cliente por medio del contrato de mandato o de prestación de servicios, y responderá por los daños que ocasionar siempre que no cumplir los deberes establecidos, excepto si probar que no contribuyó para la ocurrencia de estos daños. El pacto puede ser verbal o escrito, produciendo, en ambos los casos, las mismas repercusiones jurídicas. No obstante, la opción por la modalidad verbal ocasiona mayores – y a veces insuperables – dificultades en lo que se relaciona a la prueba del contenido del ajuste pactado por los celebrantes. De esto, es posible inferir la existencia de mayores dificultades para el cliente en el ámbito de la prueba, ya que a este incumbe el deber procesal de demostrar la extensión de los deberes del abogado y la culpa de este en el cumplimiento de las imposiciones pactadas.

#### **5.2.4 Consecuencias de la naturaleza *intuitu personae* del contrato**

El contrato celebrado entre el abogado y el cliente es de índole personal, es decir, tiene una connotación *intuitu personae*.

Esto significa que cada parte – y, en especial, el cliente – solamente decidió contratar debido a una especial calidad de la otra. Así, la relación de confianza que se establece, exige un mayor grado de comprometimiento del abogado, si comparada con los negocios comunes en general (una compraventa, por ejemplo). Todavía, es necesario saber cuál fue el tipo de obligación ajustado entre las partes, si es de medio o de resultado, para que se sea posible determinar el nivel de comprometimiento del abogado con la finalidad perseguida. Si es de resultado, tendrá que alcanzarlo, bajo pena de responder por la falta de cumplimiento de la obligación; si es de medio, estará exonerado desde que utilice toda la técnica y diligencia recomendadas para la situación concreta.

El tema despierta interés en todo el mundo. La diferenciación entre las obligaciones de medio y de resultado debe su existencia básicamente a la doctrina alemana. Esta también encontró gran aceptación en el ámbito europeo, desarrollándose, a partir de entonces, en todas legislaciones modernas<sup>283</sup>. Ese detalle merece una atención especial, pues es conocido el hecho de que la contratación del abogado por el cliente objetiva, fundamentalmente, realizar la expectativa, nutrida por el cliente, de alcanzar determinada meta. De ahí emerge la importancia de saber si el abogado, al aceptar patrocinar el interés del contratante, está asumiendo una obligación de medio o de resultado. El debate no es

---

283 MENGONI (1954, p. 185) enseña que la distinción entre las obligaciones de resultado y las de medio fue elaborada a partir de la doctrina tedesca y fue largamente aceptada en Europa, insertándose en la tradición doctrinaria y jurisprudencial francesa. Existe obligación de medio cuando el deudor es llamado a desarrollar una actividad diligente, que prescinde de la ocurrencia del resultado buscado por el acreedor. En contrario, en las obligaciones de resultado, todas las actividades del deudor son destinadas garantizar la obtención de un resultado objetivamente determinado.

estéril, ya que de él emergerán diversas circunstancias sobre la determinación de la responsabilidad civil del profesional, conforme veremos adelante.

Observadas las características del Derecho brasileño, la relación establecida entre el abogado y el cliente será, vía de regla, contractual o de consumo, cuya característica *intuitu personae* repercute en el grado de exigencia exigida del profesional, que es sabidamente superior a aquella relativa al comportamiento del ser humano medianamente dotado de conocimiento.

Entre los deberes del abogado se insiere la determinación de que debe seguir la *lex artis*, que mantiene una estrecha relación con la naturaleza *intuitu personae* del contrato, ya que se trata de una conducta esperada de aquél profesional específico que se buscó. No hay ninguna necesidad de insertar cualquier cláusula específica sobre la materia en el contrato celebrado con el cliente, pues se subsume de la obligación contratada que el profesional aplicará todos los mecanismos que tenga a su disposición en una situación determinada. Eso independientemente del conocimiento efectivo adquirido por el profesional, ya que se presupone que en su formación este haya adquirido un aparato técnico suficiente para desarrollar su labor<sup>284</sup>.

El término que mejor define la exigencia del comportamiento del abogado en el proceso, conforme la jurisprudencia del Tribunal

---

284 MARTÍ MARTÍ (2003, p. 37) enseña: “Esta exigencia de diligencia no se queda en un cuidado en no perjudicar el proceso y en que su conducta no sea la causante directa de un desastre procesal. Y ello es así por cuanto la jurisprudencia le exige al abogado la correcta fundamentación fáctica y jurídica de los escritos de alegaciones, la diligente proposición de las pruebas y la cuidadosa atención a la práctica de las mismas, la estricta observancia de los plazos y términos legales, y demás actuaciones que debería utilizar el abogado para que, en principio, pueda vencer en el proceso.”

Supremo español, es el de la *lex artis*. En virtud de ella, el abogado debe utilizar la prueba circunstancial, los elementos legales, los argumentos de hecho y colectados en la jurisprudencia, actuando siempre dentro del plazo legal.

Ese modo de actuar, revela un comportamiento de fidelidad para con el cliente y lleva a una ejecución optimizada del trabajo contratado. Tanto en los aspectos de forma como en los de fondo, el ejercicio de la abogacía impone al profesional dicha conducta. El no cumplimiento optimizado del encargo asumido, sea por no atender el plazo establecido en ley, sea porque su actuación no ocurrió de una manera adecuada con la finalidad del proceso, configurará el denominado error en el proceso.

### **5.2.5 Aplicación al abogado de la legislación de consumo**

En Brasil, el abogado se somete al Código de Defensa del Consumidor (Ley nº. 8.078, de 11 de septiembre de 1990), que en su art. 2º, establece: “Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza producto servicio como un destinatario final”. Se percibe, ahí, la preocupación del legislador en establecer una definición de consumidor con base en criterios de naturaleza económica.

La idea de destinatario final como base de la caracterización de la figura del consumidor permite que se incluya en este concepto tanto a la persona natural como a la jurídica, pues ambas pueden presentarse, en una determinada relación jurídica, como el

destinatario final de un producto o de un servicio ofrecido por otro en el mercado. Así, todo aquél que adquiere productos o contrata servicios con el objetivo de transmitir a terceros, no se encuadrará en la definición de consumidor, pues no se podrá aplicar al caso la noción de *destinatario final*.

El art. 3º, a su vez, dispone: “Proveedor es toda la persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, así como los entes despersonalizados, que desarrolla actividad de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, exportación, distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.” Como se puede percibir, el abogado es considerado proveedor para fines de aplicación de la disciplina del consumo, pues presta servicios para otro mediante un contrato. El cliente – y eso es notorio – se encuadra en la definición legal de consumidor, pues contrata los servicios ofertados por el abogado. Luego, es innegable la incidencia de reglas de consumo al vínculo jurídico establecido entre las partes.

Inicialmente, diversas decisiones del Superior Tribunal de Justicia brasileño entendían que no se podía aplicar el Código de Defensa del Consumidor a las relaciones establecidas entre el abogado y el cliente, hecho que, con el pasar del tiempo, fue revertido<sup>285</sup>. La evolución del entendimiento sobre la materia

---

285 En el fallo del Recurso Especial n. 532.377/RJ, el STJ determinó que no existe relación de consumo en los servicios prestados por abogados, sea por incidencia de una norma específica (en el caso la Ley 8.906/94), sea por no configurar una actividad que sea realizada en el mercado de consumo. Las prerrogativas y obligaciones impuestas a los abogados – como, por ejemplo, la necesidad de mantener su independencia en cualquier circunstancia y la prohibición de captación de causas o la utilización de un representante (arts. 31, § 1º e 34, III e IV, da Ley 8.906/94) – evidencian una naturaleza incompatible con la actividad de consumo.

provocó la reversión de esa posición original, siendo hoy indiscutible la aplicabilidad del Código de Defensa del Consumidor brasileño a la relación del abogado con el contratante. Quedó superada, así, la tesis de que el Estatuto de la Orden de los Abogados de Brasil sería un reglamento especial que – regulando temas peculiares de la relación del profesional de la abogacía con los clientes – estaría sobrepuesto a las reglas del Código de Defensa del Consumidor<sup>286</sup>.

Luego, cualquier disposición legal que busque regular la prestación de servicios o la circulación de productos, dirigidos al destinatario final, quedará sometida al Código de Defensa del Consumidor. Es lo que sucede con el Estatuto de la Abogacía, pues si es de él que se originan los aspectos específicos de la relación entre el abogado y el cliente, será de la legislación sobre consumo que emanarán los cánones que disciplinan este tipo de relación.

El art. 14 del Código de Defensa del Consumidor trata de la responsabilidad del proveedor de servicios: “El proveedor de servicios responde, independientemente de la existencia de culpa, por la reparación de los daños ocasionados a los consumidores por defectos relativos a la prestación de los servicios, como también por las informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su fruición y riesgos.”

En lo que se relaciona al profesional liberal, el § 4º preceptúa: “la responsabilidad personal de los profesionales liberales será determinada por medio de la verificación de la culpa”. Como el

---

286 NERY JÚNIOR (1999, p. 1245) afirma que el Código de Defensa del Consumidor es una ley presentada de forma sintética y no analítica. Eso significa que la sistemática del consumo trae consigo los preceptos generales sobre las relaciones de consumo, estableciendo, así, los principios fundamentales de defensa del consumidor que cumplen con la finalidad pretendida en la Constitución Federal.

abogado es proveedor o prestador de servicios remunerados, se somete a los dictámenes arriba mencionados<sup>287</sup>. Luego, solamente responde por los daños ocasionados al cliente en caso de previa comprobación de culpa, ya que el § 4º del art. 14 exceptúa la regla general vista.

Se produce aquí, un interesante fenómeno. El Código Civil regula la responsabilidad conforme la teoría subjetiva, permitiendo excepciones solamente cuando esté expresa la incidencia de la teoría objetiva. En el Código de Defensa del Consumidor el raciocinio es inverso, pues, aquí, la responsabilidad objetiva es la regla general que solamente admite la aplicación de la vertiente subjetiva en las hipótesis que menciona expresamente.

En cuanto al abogado, conforme visto más arriba, hay una previsión inequívoca acerca del empleo de la idea de la responsabilidad subjetiva, es decir, solamente cuando se demuestra la culpa del profesional – generadora de daños – en el ejercicio de su función. En lo demás, ese punto de vista también se justifica debido al hecho de que el abogado no se obliga a un resultado, pero si a aplicar todos los medios posibles para obtener la mejor solución al problema que le fue presentado.

El contrato del abogado con el cliente es, en tesis, paritario, pues permite que los celebrantes discutan libremente las cláusulas. Luego, se aleja de las hipótesis de contrato adhesivo y de interpretación más favorable al cliente, excepto cuando la peculiar realidad del caso revelar lo contrario. Sin embargo, es inequívoca la

---

<sup>287</sup> LÔBO, 1994, p. 135.

incidencia del Código de Defensa del Consumidor en cuanto a los demás aspectos de la relación. El citado código se armoniza con el Estatuto de la Abogacía (Ley n. 8.906, de 04 de julio de 1994), que, en su art. 32 dice: “el abogado es responsable por los actos que en su ejercicio profesional practicar con dolo o culpa”. La relación es de consumo, conforme el tenor del Código de Defensa del Consumidor examinado anteriormente.

### **5.2.6 Aspectos relativos a la carga de la prueba en el Derecho Comparado**

El deber de probar los hechos cabe, por vía de regla, al autor de la demanda. Conforme Cândido Dinamarco, “deber de prueba es el encargo, atribuido por ley a cada una de las partes, de demostrar la ocurrencia de los hechos de su propio interés para las decisiones que serán proferidas en el proceso”<sup>288</sup>. No obstante, las relaciones de consumo, en el ordenamiento brasileño, quedan sometidas a la posibilidad de inversión de dicho deber (art. 6º, VII).

Eso, sin embargo, no se aplica al profesional liberal, debido a las peculiaridades de la relación entre el abogado y el cliente, conforme se verá a lo largo del trabajo. Igual situación ocurre en España, que tiene la teoría subjetiva como uno de los pilares de la responsabilidad de los profesionales liberales. No obstante, algunos ajustes necesitan ser realizados para la comprensión de este cuadro, ya que la mitigación del deber de prueba es uno de los

---

<sup>288</sup> RANGEL DINAMARCO, 2001, p. 71.

elementos que está ganando terreno en el ordenamiento jurídico de diversos países.

Esa idea de que recae sobre el autor el inamovible deber de probar todo lo que alega, y especialmente, la culpa de la otra parte en la provocación de los daños, viene sufriendo una paulatina flexibilización. La denominada *teoría de las cargas probatorias dinámicas* es una herramienta relativamente nueva en este ámbito, que trae nociones menos rígidas sobre el deber probatorio. En ciertos cuadros jurídicos de responsabilidad civil existen algunas dificultades probatorias, lo que una parte de la doctrina denomina *prueba diabólica*. Eso hace con que sea necesario que la carga de la prueba incida sobre todos los que participan de la relación procesal, conforme las particularidades del caso y la situación de cada litigante<sup>289</sup>.

En España, se afirma la necesidad de examinar la situación con extremada cautela, ya que la actividad de abogacía se sitúa en un ámbito en el cual el resultado final esperado no depende de aspectos puramente materiales o que resultan de la experiencia, pero si de una declaración judicial coercitiva. Esa manifestación de la voluntad estatal es resultado de un raciocinio humano que ni siempre podrá ser igual en casos análogos, incluso dentro de un

---

<sup>289</sup> ALVES TADEU (2006, p. 86) dice, en líneas generales, que la teoría se fundamenta en la injusticia que sería obligar a quien está en una situación de debilidad probatoria, especialmente al pretender demostrar el soporte fáctico de la norma que ampara su pretensión, en cuanto en la otra parte se concentra toda una situación mucho más blanda. Esa teoría se basa, principalmente, en la aplicación de los principios de la buena fe, solidaridad y colaboración de las partes. Conforme Roland Arazi, desde esta perspectiva, se privilegia la posición de la parte más necesitada, por estar en peores condiciones para arrimar la prueba pertinente, criando-se, por fin, un contrapeso balanceado

mismo órgano jurisdiccional<sup>290</sup>. Este cuadro sirve de base para la tesis que defiende que en el tema de la responsabilidad civil de los abogados no debe haber inversión de la carga de la prueba en caso de una actuación culposa por parte del abogado<sup>291</sup>.

Los tribunales españoles, y en especial el Tribunal Supremo, vienen decidiendo en el sentido de que sobre el abogado no puede recaer cualquier presunción de culpa, pues, como regla general, no es posible vincular al abogado a una meta específica. Luego, es del cliente el deber procesal de probar la ocurrencia de una conducta que resultó en el incumplimiento total o parcial del acuerdo realizado entre las partes. Eso ocurre porque el resultado buscado por el cliente no depende exclusivamente de la voluntad del abogado que presta los servicios, de forma que cuando este emplea los medios más adecuados para el desarrollo de su función, se exonera de la obligación inicialmente asumida<sup>292</sup>.

En Argentina, la teoría de las cargas probatorias dinámicas sufre una fuerte oposición, bajo el argumento de que el criterio de colecta de las pruebas debe ser previamente conocido por los litigantes. Compite a la parte la obligación procesal de probar todo lo que alegar. Esta no puede adoptar una actitud simplemente pasiva cuando sobre ella no recaiga ninguna carga, y eso se debe a una expresa disposición legal basada en los preceptos procesales

---

<sup>290</sup> REGLERO CAMPOS, 2007, p. 13.

<sup>291</sup> STS de 27 de febrero de 2006 (RJ 2006/1564).

<sup>292</sup> STS de 07 de febrero de 2000 (RJ 2000/283).

que determinan que los litigantes deben prestar toda la contribución posible para el regular andamio del proceso<sup>293</sup>.

En Uruguay, existe una amplia aceptación de esta teoría por los Tribunales, y también por la doctrina. Según Jorge Gamarra, ella no implica apenas la simple inversión del deber de prueba, y si configura una genuina búsqueda de la verdad real, por la humanización de la justicia, amparada en los deberes de buena fe, probidad, lealtad y veracidad en el proceso. Lo que sucede es la flexibilización de la norma procesal, verificada en carácter excepcional y que surge como un mecanismo para agilizar la ardua tarea de producir pruebas diabólicas<sup>294</sup>.

Cabe decir, sin embargo, que esa distribución de la carga de la prueba no puede ser un criterio exclusivo del juzgador, bajo pena de que se instale un mecanismo paralelo y extralegal que podría ocasionar sorpresas y estupefacción a los litigantes, los cuales podrían, a cualquier tiempo, ser objeto de una determinación judicial que les obligara a probar un hecho que, originalmente, era de obligación de la parte contraria.

Es imprescindible que la ley discipline el tema, o que, por lo menos, suscite la aplicación de este principio. Siguiendo este raciocinio, la legislación brasileña, siempre con carácter expreso y directo, contempla algunas hipótesis de inversión y de flexibilización de la carga de la prueba, pero, como se verá más adelante,

---

<sup>293</sup> ALVES TADEU, 2006, p. 87.

<sup>294</sup> GAMARRA, 2000, p. 137.

ninguna de ellas es aplicable a la relación entre el abogado y el cliente.

La perspectiva de la inversión de la carga de la prueba considera la circunstancia de que, en muchos de los casos, existe una gran dificultad de demostrar los hechos – debido a la debilidad de una de las partes – haciendo con que la única solución sea atribuir a la otra parte el deber de esquivarse de la imputación, a través de la presentación de pruebas suficientes para convencer el juzgador de la impertinencia de lo que fue alegado por el demandante<sup>295</sup>.

No hay inversión del deber de probar la ocurrencia de los daños y tampoco la extensión de los mismos, y tampoco se modifica la obligación de revelar el nexo causal, pues esto es una tarea irrevocable del autor de la demanda. La inversión se limita, así, en alterar el polo sobre el cual recae el encargo original de probar la culpa del demandado.

No cabe al juez aplicar la inversión de la carga de la prueba a todos los procesos en que se aplique la ley de consumo. Solamente cuando la parte autora presentar argumentos verosímiles, y sea reconocida como hiposuficiente, es que existirá esa posibilidad. Aunque la ley establezca que la inversión depende de que se considere la parte una cosa u otra, la verdad es que esta está determinando como requisito la verosimilitud y la hiposuficiencia, ya que la finalidad del instituto es la protección de la parte más débil.

---

<sup>295</sup> RANGEL DINAMARCO (2001, p. 76-79) afirma que las inversiones de la carga de la prueba son alteraciones de reglas legales, impuestas o autorizadas por ley: la inversión autorizada por el Código de Defensa del Consumidor es una inversión judicial de la carga de la prueba que beneficia exclusivamente al consumidor debido a una debilidad organizacional de este.

La hiposuficiencia se relaciona con la falta de capacidad técnica o económica para probar lo que se alega, la cual se evidencia, en especial, cuando el consumidor se depara con la notoria superioridad del proveedor, prestador, comerciante o fabricante, en lo que se relaciona con el acceso a las pruebas necesarias para la solución del litigio. Una vez implementados los requisitos legales para la afirmación de la inversión de la carga de la prueba, surge para el consumidor un derecho subjetivo, estando el juez imposibilitado de denegar la medida, lo que solo podría ocurrir si no estuviesen presentes las condiciones legales para que esta prosperase.

En las relaciones entre el abogado y el cliente, la interpretación más adecuada sobre el tema indica que no se puede aplicar la inversión de la carga de la prueba. Esta, de un modo general, es muy aplicada en los contratos que engloban bienes materiales, ya que aquí el consumidor no tiene como saber sobre su elaboración, constitución, elementos, etc.. En los vínculos con profesionales liberales, lo que el consumidor busca es la técnica, conocimiento, habilidad, y así por delante.

Todo esto es muy abstracto para ser comparado a la estructura concreta que existe en las relaciones que engloban bienes corpóreos. Luego, no es posible hacer cualquier tipo de equiparación con fines de invertir la carga de la prueba, debiendo el contrato someterse, así, a las reglas generales de la prueba, excluyéndose la hipótesis de cambio en el deber ordinario del autor de probar lo alegado. Aunque se considere la posibilidad del cliente

ser más débil en la relación, y que esto se demuestre en el caso concreto, no implicaría en la implementación de la medida.

La inversión de la carga de la prueba en la relación entre el abogado y el cliente tampoco tiene muchos simpatizantes en España, donde cabe al cliente probar la veracidad de los hechos alegados y la relación de causalidad entre estos y el comportamiento del profesional. Dicho entendimiento está basado en el art. 217 de la Ley 1/2000. La actuación negligente del abogado, que resulta de una omisión en el desarrollo de una actividad que le era exigible en virtud de la *lex artis*, debe ser demostrada cabalmente por el que alega haber sido perjudicado. Luego, el fracaso en la demanda no implica la presunción de que el abogado haya actuado con culpa. Cabe al cliente demostrar que de la falta de cuidados, de la falta de conocimiento o de la actuación imperfecta del profesional ocurrió el fracaso de la demanda, de forma que el resultado hubiera sido otro si el abogado hubiese actuado conforme las reglas inherentes a su profesión<sup>296</sup>.

Además del hecho de que las partes están en igualdad de condiciones y fuerzas, cabe observar que si se impusiera al abogado el deber de probar su conducta diligente y la ausencia de culpa, habría, ahí sí, una disparidad de tratamiento. La denominada *prueba negativa* es una de las más difíciles y complejas, y es exigida solamente en circunstancias excepcionales, como en el caso de una evidente debilidad de una de las partes. Lo normal es

---

<sup>296</sup> MONTERROSO CASADO, 2007, p. 30.

que se presume que el comportamiento del profesional haya sido adecuado, ya que está legalmente habilitado para el ejercicio de la abogacía. Cabe al cliente desbaratar esa presunción y comprobar la actuación irregular del abogado.

Existen, sin embargo, dos excepciones en lo que se relaciona a la carga de la prueba. La primera es cuando el abogado asume una obligación de resultado (de emitir un parecer, por ejemplo), ya que aquí cabrá al profesional demostrar que es falsa la acusación de que no realizó lo que debería hacer. La segunda, se aplica al caso en que el abogado deja de practicar un acto inherente a su actividad (cuando, por ejemplo, pierde el plazo para contestar), pues en ese contexto será suficiente la alegación de la conducta omisiva, transfiriendo para el profesional el deber de probar lo contrario, o fundamentar adecuadamente los motivos de su inercia.

## **5.2.7 La obligación de medios**

### **5.2.7.1 Aspectos de diferenciación de las obligaciones de medio y de resultado**

Fue René Demogue quien estableció la bipartición de las obligaciones, en lo que se relaciona al mecanismo de su cumplimiento, en obligaciones de medio y de resultado<sup>297</sup>. Las

---

<sup>297</sup> *Apud* MIRANDA SUÁREZ (2007, p. 19): “Las primeras sólo imponen diligencia y aptitud para cumplir las medidas que, normalmente conducen a un resultado, pero sin asegurar la obtención del mismo. Las segundas en cambio, comprometen un resultado determinado, por ello en estas al acreedor le basta simplemente con establecer que no se logró el resultado prometido y nada más, correspondiéndole

obligaciones relativas al ejercicio de la actividad profesional, por vía de regla, son de medio y no de resultado. Por este motivo, el incumplimiento por parte del profesional no se configura con la simple falta de obtención del resultado esperado por el cliente. Es necesario, principalmente, que el perjudicado compruebe que este incumplimiento ocurrió por culpa del abogado.

Avanzando un poco más en la determinación de la naturaleza de la obligación del profesional – si es de medios o de resultado – es posible afirmar que esta será de medios en los casos en que el resultado no dependa exclusivamente de la voluntad del abogado, pero si de un tercero, el cual puede ser el juez, la parte contraria, etc.<sup>298</sup>. El abogado no puede ser responsabilizado por un acto del órgano judicial, que suele posicionarse en contra las tesis y argumentaciones realizadas en la defensa de los intereses de su cliente.

En dichas hipótesis, la aceptación de la tarea por el abogado implicará el hecho de que este asuma las obligaciones de medio, especialmente la de diligencia, destinadas a obtener el resultado pretendido por el contratante, aunque no exista el deber de alcanzarlo en carácter necesario<sup>299</sup>. Por otro lado, si la obtención de la pretensión del cliente depender únicamente de la voluntad y actuación del abogado, la obligación será de resultado, como en las

---

al deudor que quiera exonerarse de responsabilidad la acreditación de que ello sucedió por caso fortuito u otra causa ajena o extraña al mismo.”

<sup>298</sup> STS de 25 de noviembre de 1999, RJ 9133.

<sup>299</sup> STS de 03 de octubre de 1998, RJ 8587.

hipótesis en que este es contratado para emitir opiniones o pareceres, redactar estatutos sociales, y así por delante.

Como ya se mencionó, en los casos en que la pretensión final del titular del interés no tiene como ser alcanzada solamente con el trabajo del abogado, la obligación será de medio, ya que no depende solamente del profesional el éxito que este pretende alcanzar, y no tiene como garantizarlo de inmediato y con absoluta seguridad jurídica. Debido a esto, son completamente opuestos los casos en que el abogado redacta un contrato, y el que inicia una demanda con el objetivo de discutir el contenido de una determinada contratación.

En el primer caso, está dentro de su alcance el objetivo estipulado por el cliente, que se resume en la elaboración de un instrumento cuya adecuación al derecho dependerá solamente del conocimiento y de la habilidad del abogado. En el segundo caso, aunque el abogado tenga mucho conocimiento y reconocida capacidad, la posibilidad de fracaso no puede ser completamente desconsiderada, ya que el resultado depende de un entendimiento de otra persona, además de existir la posibilidad de que los elementos intrínsecos del caso (prueba, derechos subjetivos implicados, normas, etc.) sean interpretados en contra los deseos del contratante.

Sobre el tema, es común encontrar en la doctrina perspectivas que buscan establecer fronteras entre los cuadros que originan las obligaciones de medio y los que originan los deberes de resultado. Esa dicotomía está en la esencia de las obligaciones, y trae en su

núcleo la semilla de la responsabilidad civil, la cual se verifica con mayor o menor facilidad conforme la naturaleza de las imposiciones legales que recaen sobre el abogado<sup>300</sup>.

Todavía, cabe destacar la necesidad de relativizar, bajo un cierto punto de vista, la diferencia entre las obligaciones de medio y de resultado, ya que si en estas el abogado no queda sometido al deber alcanzar la meta deseada por el cliente, también es verdad que cuando emplea todos los medios que le son exigidos por la buena técnica llega una especie de resultado parcial, que es el de la aplicación de todos los instrumentos técnicos en la protección de los intereses del cliente. Así, aunque el abogado no tenga éxito en relación al resultado final, y aunque se liberte de la obligación de medios al actuar de manera correcta, queda patente la circunstancia de que, para el completo cumplimiento de su deber profesional, deberá siempre alcanzar los resultados parciales, que se configuran con la progresión de la demanda – debido su actuación judicial – o con la administración regular de la misión extrajudicial.

Cuando la obligación es de medio, el abogado queda vinculado al deber de ejecutar una determinada actividad, aunque ningún resultado provechoso para el cliente sea alcanzado, o aunque sea alcanzada una meta distinta de la que fue inicialmente acordada. Ya en la obligación de resultado, el abogado solamente

---

300 ACEDO PENCO, (2007, p. 114) preconiza: “Dentro de este contrato entre abogado y cliente hay que destacar que el primero jamás puede asegurar ni garantizar al segundo el resultado de su intervención cuando aquél depende de un tercero, un Juez o un árbitro, pues en tal caso el acuerdo carecería de validez desde el inicio. Se trata de una obligación de medios, no de resultados. Sin embargo, sí que le será exigible al abogado toda la diligencia y cuidados profesionales que sean precisos en defensa de los intereses de su cliente.”

estará libre de sus obligaciones cuando cumplir lo que fue anteriormente pactado entre las partes<sup>301</sup>. Así, la obligación de medio implica la propia actividad desarrollada por el sujeto pasivo, mientras que en la de resultado la actividad es apenas un elemento para llegar al objetivo final, que es el éxito previsto y exigido por el cliente.

### **5.2.7.2 La observancia de la lex artis como conducta obligatoria**

En las obligaciones de medio, el abogado asume el deber jurídico de emplear todo el esfuerzo posible y toda la técnica recomendada para el éxito de la misión<sup>302</sup>. Sin embargo, el profesional no se obliga a alcanzar la meta establecida, de forma que se libera de la obligación a partir del momento en que actúa de manera conforme a las reglas de su profesión. Cabe al autor probar que el contratado no actuó conforme a estas reglas<sup>303</sup>.

El vínculo del abogado con el cliente determina que aquél debe asumir la ejecución de determinada actividad y debe hacerlo

---

<sup>301</sup> GOMES, 1997, p. 17.

<sup>302</sup> MIRANDA SUÁREZ (2007, p. 25) afirma: “El abogado no se compromete a ganar un pleito, sino que únicamente a cumplir una prestación eficiente e idónea, con ajuste a los procedimientos que las respectivas técnicas señalan como los más idóneos o aptos para el logro de esos fines, pero sin asegurar que se pueda obtener la finalidad última perseguida.”

<sup>303</sup> En la SAP de 15 de diciembre de 2006, n. 455/2006, se estableció lo siguiente: “La responsabilidad profesional de los abogados viene siendo reconocida por el Tribunal Supremo, con claridad. El contrato de arrendamiento que une al abogado con su cliente implica para el letrado una obligación de medios y, en este contexto, la carga de la prueba de la negligencia profesional corresponde al actor. (...) La negligencia profesional en el cumplimiento de los servicios de abogado se vincula, casi siempre, a la privación de derechos o expectativas procesales, a la infracción del derecho a los recursos o a la tutela judicial efectiva.”

de acuerdo con lo que fue planeado, observada la *lex artis*, sin que, todavía, se le exija la garantía de que alcanzará un determinado resultado<sup>304</sup>. En verdad, se trata de una obligación de *mejores medios* de la cual deriva la necesidad de una actuación con niveles de calidad y pureza propios de la profesión que ejercita. Son esos niveles de calidad en el desarrollo del trabajo que se denominan *lex artis*<sup>305</sup>. Cabe decir, que el profesional no se obliga a obtener éxito en su actividad, pero sí a ejercerla en conformidad con lo que fue pactado y respetando el contenido de las normas aplicables al caso<sup>306</sup>.

Dichas normas constituyen un limitador para la actuación del abogado, ya que establecen los rumbos del contrato celebrado con el cliente y afirman el deber del profesional de cumplir lo pactado con el máximo de celo y diligencia. Por este motivo, deberá observar las exigencias técnicas, deontológicas y morales aplicables a cada caso, y realizar de forma diligente las actividades que le son impuestas por el tema sometido a su apreciación. En lo que concierne a los deberes, de realizar las actividades con la debida diligencia y conforme la *lex artis*, no es posible elaborar con antelación una lista exhaustiva de estos. Todavía, ellos derivan de los comportamientos que integran las obligaciones de medio a las

---

<sup>304</sup> STS de 08 de junio de 2000, n° 589.

<sup>305</sup> MARTÍ MARTÍ, 2003, p. 55.

<sup>306</sup> La STS de 14 de diciembre de 2005 afirmó que responde por daños morales el abogado que deja de reclamar en juicio los lucros cesantes a los que tenía derecho su cliente, debido a hechos relacionados con los intereses que le fueron confiados.

que está sometido el abogado, o de las conductas que el ejercicio de esta actividad pueda generar<sup>307</sup>.

Un eventual fracaso en la demanda no puede generar en contra el abogado cualquier tipo de presunción de culpa derivada de su actuación, pues es el incumplimiento de los deberes relativos a la obligación de medio concretamente asumidos, y no el resultado final de la demanda, que caracteriza el error de actuación y posibilita la existencia de responsabilidad civil del profesional<sup>308</sup>.

El mejor paradigma, con el objetivo de saber si el abogado cumplió o no con las imposiciones que sobre él recaen en virtud de la naturaleza de su actividad, consiste en verificar el cumplimiento de los cánones relativos a la *lex artis*, es decir, de los dictámenes ordinarios de su profesión. Si la conducta está conforme los modelos de comportamiento que, dentro del ámbito de la abogacía, se consideran dotados de pericia y del cuidado exigible para un correcto ejercicio, no existirá nada de irregular.

Dicho comportamiento debe revelar sintonía con el nivel adecuado de manejo de los preceptos legales relacionados con la

---

<sup>307</sup> MARTÍ MARTÍ, 2003, p. 45.

<sup>308</sup> YÁGÜEZ (2007, p. 53) sobre un asunto en que el Tribunal Supremo español, en la STS, 1ª, 3.10.1998 (RJ 8587), afirmó: “Por otra parte, el hecho de no haber tenido éxito judicial en su cometido no puede ser valorado como una presunción de culpabilidad, con la consecuencia de imponerle la carga de probar que aquella falta de éxito estaba fuera de su hacer profesional, en otras palabras, que éste ha sido totalmente correcto. No existe norma positiva en nuestro Código Civil que tal efecto recoja, pues el artículo 1183, que preceptúa la inversión de la carga probatoria para el deudor, se refiere a la pérdida de una cosa determinada debida, estando esta cosa en su poder, y tal regla no la extiende a las obligaciones de hacer en los preceptos siguientes. Una hipotética aplicación analógica del artículo 1183 sólo sería posible cuando el hacer no se haya efectuado, pero es claro que esta situación no tiene nada que ver con la que se da cuando, por el contrario, el servicio se ha realizado, pero el acreedor estima que defectuosamente. Es éste un caso de incumplimiento contractual, cuya prueba debe incumbir al que lo alega (artículo 1214 CC) 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.”

actuación contratada. Se exige, así, que se utilice todos los conocimientos y toda la diligencia y prudencia para alcanzar la meta deseada, y que en condiciones normales permitirían que esa fuera alcanzada, pero cuya materialización no puede y no debe ser garantizada por el abogado. Luego, entre las concretas obligaciones de la actividad están la correcta fundamentación fáctica y jurídica de las alegaciones, la diligente proposición de las pruebas y la cuidadosa práctica de revelación de las mismas, la estricta observancia de los plazos y términos legales, y así por delante<sup>309</sup>.

El abogado, al desarrollar la actividad pactada, debe perseguir con vigor el éxito de la demanda a favor de su cliente. Sobre él recae, por lo tanto, un deber de comportamiento, al cual estará vinculado hasta la extinción de la relación. Aunque la obligación contratada sea de medios, si el profesional frustrar los objetivos deseados por el contratante, por no actuar con la diligencia media exigida, responderá conforme determina la legislación civil. El no cumplimiento de las imposiciones inherentes a la función de abogacía configura negligencia o impericia, derivando de esto la responsabilidad por la reparación de los daños ocasionados a otro.

En la obligación de medio únicamente cabe al deudor emplear determinadas habilidades y técnicas, sin que tenga en vista, como un elemento necesario, el resultado perseguido. El cliente contrata apenas y solamente la actividad del profesional, de tal forma que esta modalidad obligacional está presente en todos los contratos que implican prestaciones de servicio, como es el caso del

---

<sup>309</sup> MARTÍ MARTÍ, 2003, p. 50/51.

abogado<sup>310</sup>. Las obligaciones de medio engloban, también, la idea de que se aplican, con igual intensidad, tanto en las relaciones contractuales como en las extracontractuales. En estas últimas, exigen de las personas siempre un comportamiento correcto, sin ocasionar daños a otro, y es de ahí que se extrae, en carácter genérico, el deber de emplear todos medios para que el procedimiento común y ordinario esté conforme con las reglas positivadas<sup>311</sup>.

En la obligación de medio, la esperanza del cliente sobre la conclusión del trabajo no implica para la actividad del abogado cualquier tipo de imposición o estimativa, aunque meramente aproximada, de éxito. Para liberarse del deber asumido, es suficiente que el profesional cumpla con las medidas necesarias para la protección de los intereses del contratante, adopte las providencias recomendadas por la buena técnica y realice satisfactoriamente las tareas asumidas con la debida lisura procedimental.

Si el resultado final es provechoso para el cliente, no le cabrá nada más de lo que fue pactado, y tampoco será responsabilizado en el caso contrario. Tampoco recibirá menos de lo que fue acordado como contrapartida económica, ya que cumplió integralmente el contrato al tratar de la cuestión como

---

<sup>310</sup> ANCONA LOPEZ, 1988, p. 320.

<sup>311</sup> REPRESAS (1996, p. 140) adopta ese posicionamiento: "Obligación de medio es la que solamente impone diligencia y aptitud para cumplir los preceptos que, normalmente, conducen a un resultado, sin que, todavía, asegure la obtención del mismo. Son de medios las obligaciones contractuales emergentes, en general, de la locación de servicios y en el ámbito extracontractual, principalmente el deber genérico de actuar prudentemente en la vida en sociedad, buscando no ocasionar daños a los demás, sintetizado en la resumida fórmula de Ulpiano: *alterum non laedere*."

ordinariamente debería hacer. Sin embargo, si el abogado no cumple con las imposiciones éticas y legales de la profesión, deberá indemnizar los daños ocasionados<sup>312</sup>.

Actuando con la cautela y la técnica recomendadas, el abogado se libraría de la obligación de medio asumida, pues esto consiste en una actuación prudente, diligente y compatible con la pericia esperada. Se comprende, así, que el resultado de la sentencia judicial, en el caso de la prestación jurisdiccional, queda desvinculado del examen de la conducta del abogado. Aunque emplee todo el esfuerzo posible, ni siempre alcanzará el éxito abstractamente planeado, debido a la injerencia de razones jurídicas superiores vigentes, las cuales influyen decisivamente en la solución definitiva del asunto.

### **5.2.7.3 Configuración y prueba del incumplimiento de la obligación de medios**

Para que ocurra el incumplimiento de la obligación de medio, es necesario que el cliente pruebe más que el hecho de que el resultado, en teoría, posible no fue alcanzado, ya que esto no

---

312 En la Apelación Civil nº 1.0024.04.439164-7/001, de 21.06.2006, el Tribunal de Justicia del Estado de Minas Gerais profirió ejemplar decisión acerca de los deberes asumidos por los abogados y de los mecanismos de verificación de su responsabilidad civil: “La responsabilidad del abogado es abordada en la Ley nº. 8.906/94, en su art. 32, que exige dolo o culpa, y el art. 186 del Código Civil de 2002, que exige dos requisitos más: la existencia de daño y la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y este. Todo abogado, en su conducta profesional, debe buscar emplear todos los esfuerzos para obtener éxito en la demanda que actúa, procediendo con celo y ética para no vulnerar derecho ajeno, ya que su trabajo es indispensable para la Administración de la Justicia, conforme determinan la Constitución brasileña de 1988, en su art. 133, y el art. 2º del Estatuto de la Abogacía. Una de las obligaciones contractuales del abogado, inherente al ejercicio de la abogacía, es la de realizar una correcta instrucción de los actos e instrucción de su cliente, con el fin de auxiliar la Administración de la Justicia, ya que es su responsabilidad, funcional y procesal, demandar contra quien sabidamente no es parte.

interfiere en la definición del tema. Es necesario que demuestre, como elemento principal, haber sido frustrado el resultado – con la consiguiente producción de daños – debido al hecho de que el abogado no empleó los medios que debía utilizar en el caso concreto. Por otro lado, aunque el profesional no actúe conforme lo exigido por las circunstancias, no existirá ninguna responsabilidad si no existir daño, o, aún, si el resultado deseado por el cliente es alcanzado.

Como no hay inversión de la carga de la prueba, en el caso de las obligaciones de medio cabrá al cliente probar los hechos alegados, especialmente los relacionados con la culpa del profesional, ya que el empleo de los medios adecuados implica la liberación del contratado<sup>313</sup>. Solamente en el caso de que sea patente la debilidad del contratante es que podrá haber la determinación judicial de la inversión, circunstancia que obligaría al abogado demostrar que actuó debidamente, observando la técnica y las exigencias del caso.

En todo caso, será invariablemente necesario observar que en la mayoría de las veces el abogado podrá optar por uno entre los

---

313 En la SAP de Valencia, de 18 de marzo de 1998, n. 40, la Audiencia Provincial de Valencia afirmó: “En efecto, del contrato de arrendamiento de servicios que liga al cliente con su Letrado cuando le encomienda la defensa ante los Tribunales de sus pretensiones, nace para éste una obligación de medios, no de resultado, consistente en el asesoramiento y defensa jurídica de tales intereses con la diligencia exigible según la «lex artis», que supone un grado superior a la del simple padre de familia que contempla el art. 1104 del Código Civil y responde a los cánones profesionales recogidos en su Estatuto ( RCL 1982\2294, 2656 y ApNDL 20), que sirven de baremo y estricta medida de la actuación (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 febrero 1992 [ RJ 1992\819] a mayores de las que cita la resolución impugnada), conforme a los especializados conocimientos del Técnico o Perito en derecho. Así mismo al tratarse de una obligación de medios, la carga de la prueba sobre la negligencia en su actuar profesional corresponde al cliente que reclama, pues no resulta aplicable la doctrina del riesgo ni la inversión de la carga de la prueba, como declara nuestro Tribunal Supremo en Sentencias de 5 julio 1991 (RJ 1991\5568) y 13 octubre 1992 (RJ 1992\7547).”

varios caminos jurídicos plausibles. En este caso, eligiendo uno de ellos, conforme su entendimiento del caso en cuestión, habrá cumplido con su deber. Eso ocurre en el caso en que la meta final no es alcanzada, pues al contratar el profesional, el cliente conoce la perspectiva de que la actuación ocurrirá conforme el entendimiento del abogado, que es quien tiene la competencia para elegir la mejor estrategia y para aplicarla con celo y diligencia.

No es considerada culposa la conducta que aplica una determinada estrategia, considerada adecuada, pero que después es repelida por el poder Judicial por medio de una sentencia contraria a los intereses del contratante. No tiene ningún fundamento la exigencia de que el abogado deba utilizar mecanismos capaces de asegurar el pleno éxito de la demanda, pues eso no depende de su voluntad. La decisión final es del juez, que puede aceptar o no la tesis propuesta en el debate.

En los casos en que el abogado opta por seguir la doctrina y la jurisprudencia minoritaria, pero plausible desde el punto de vista jurídico, la frustración del resultado no le podrá ser imputada, ya que este actuó con el cuidado exigido por el contexto. Apenas cuando utilizar una tesis absurda y totalmente contraria a lo que se extrae de la experiencia común, es que podrá ser civilmente responsabilizado por los daños ocasionados al cliente. Sobre este último recaerá el deber de señalar el error y la relación existente entre dicho comportamiento y el daño ocasionado, como también la extensión de los perjuicios experimentados<sup>314</sup>.

---

<sup>314</sup> REPRESAS (1996, p. 143) afirmó: “La responsabilidad podrá surgir debido al desconocimiento de los principios básicos de la respectiva ciencia o arte, o de la incapacidad de discernir adecuadamente, pues la

## **5.2.8 La obligación de resultado**

### **5.2.8.1 Características del deber asumido por el abogado**

En la obligación de resultado, el cumplimiento solo se verifica si el resultado es alcanzado<sup>315</sup>. Al obligado se impone que alcance el objetivo establecido previamente, pues, en el caso contrario, habrá ocurrido el incumplimiento del deber, de lo que derivará la necesidad de reparar los daños ocasionados al tomador. Por lo tanto, caso no sea alcanzado el fin estipulado, el obligado soportará todas las repercusiones del encargo asumido. Eso ocurre en situaciones no relacionadas con el abogado, como, por ejemplo, cuando se trata de un contrato de destajo o de una intervención quirúrgica de naturaleza eminentemente estética.

Vía de regla, al aceptar iniciar una demanda o continuar en la defensa de un pleito ya iniciado, el abogado asume automáticamente solo una obligación de medios, ya que no se le podrá reclamar la obtención de un resultado cuando este es independiente – y en general lo es – o no dependa exclusivamente de su actuación. Debido a esto, es que el éxito parcial de la demanda, o su fracaso integral, no posibilita que el cliente, de modo inmediato y necesario, responsabilice el profesional. Solamente en

---

ignorancia de las reglas esenciales o axiomáticas revela que faltan al profesional conocimientos suficientes para actuar ‘prudentemente’, sin el riesgo de que ocasione daños a los que requieran sus servicios; o simplemente, del hecho de actuar de forma descuidada o negligente.”

<sup>315</sup> GOMES, 1997, p. 17.

los casos en que la no obtención del resultado pueda ser imputada a una conducta culposa del abogado, comisiva u omisiva, es que estará permitido que el tomador de los préstamos acceda a los mecanismos jurídicos de reparación de los perjuicios experimentados<sup>316</sup>.

Luego, es necesario que se analice con extremada cautela la relación establecida entre el abogado y el cliente, con el objetivo de que no se adopte un mecanismo de responsabilidad que tenga como regla general la idea de imputación objetiva contra el profesional. El rumbo que se debe seguir es exactamente el opuesto, es decir, normalmente la obligación asumida es de medios y la responsabilidad es subjetiva, dependiendo, por lo tanto, de la prueba de una actuación dañosa. La jurisprudencia del Tribunal Supremo español sigue esta misma corriente, reconociendo como siendo de medios el vínculo más común entre el abogado y el cliente.

En efecto, reiterada jurisprudencia viene afirmando que la obligación del abogado no es de resultado, y tampoco abarca los riesgos inherentes a toda demanda judicial. La incertidumbre que es propia de los pleitos y las muchas posiciones controvertidas que envuelven los temas en debate hacen con que solamente recaiga sobre el abogado el deber de actuar de forma cautelosa y diligente en la protección de los derechos y expectativas del contratante<sup>317</sup>.

---

<sup>316</sup> CRESPO MORA, 2006, p. 77.

<sup>317</sup> STS de 28 de enero de 1998, 30 de marzo de 2006 rec. 2001/1999, 23 de mayo de 2006, 27 de junio de 2006, 26 de febrero de 2007 rec. 715/2000, 2 de marzo de 2007 rec. 1689/2000, 21 de junio de 2007 rec. 4486/2000, 18 de octubre de 2007 rec. 4086/2000, 15 de febrero de 2008, rec. 5015/2000.

Esa postura no encuentra divergencias expresivas, especialmente si comparada con las decisiones de los tribunales españoles y brasileños, estando consonante con lo que suele ocurrir en la gran mayoría de los tribunales superiores de los países de legislación avanzada<sup>318</sup>. Dicha expresión se ha mostrado la más adecuada, ya que la responsabilidad civil del profesional liberal debe atender para la presencia de elementos de naturaleza subjetiva, no siendo adecuado presumir la culpa o aplicar la idea de responsabilidad objetiva a relaciones de esta naturaleza.

Es posible que al buscar establecer la verdadera naturaleza jurídica de una determinada relación singularmente considerada, se constate la existencia de una obligación de resultado entre el abogado y el cliente, y que dicho vínculo no sea de arrendamiento de servicios. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando el profesional asume el deber de redactar una petición específica, la cual deberá ser realizada con un formato previamente determinado. Cabe señalar, sin embargo, que dicha característica se extrae del Derecho español, ya que en Brasil, como ya se mencionó, el entendimiento es que el contrato vigente entre las partes es de mandato.

---

318 Conforme la STS de 28 de enero de 1998, publicada en <http://uax.es/publicaciones/archivos>, esta fue la manifestación de la Corte: “La calificación jurídica de la relación contractual entre abogado y cliente es, en éste y en la inmensa mayoría de los casos (salvo muy concretas excepciones) de contrato de prestación de servicios que define el artículo 1544 del Código Civil. La prestación de servicios, como relación personal ‘intuitu personae’ incluye el deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que deriva de la norma general del artículo 1258 del Código Civil y que imponen al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto; de ello se desprende que si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso de la obligación que corresponde al profesional.”

La actuación en juicio en juicio del profesional implica en el hecho de que este asumió la obligación de medios, excepto cuando existir un pacto expreso en el sentido contrario, o sea, en el caso de que las partes expresamente determinen que el deber es de resultado. Sin embargo, en la actuación extrajudicial es común la existencia de obligaciones de resultado para el profesional, siendo un ejemplo de esto la elaboración de pareceres y contratos, en los que el cliente espera y exige del abogado el instrumento cuya producción le fue encargada. En el mismo ámbito están algunas tareas, como la creación de un estatuto para una determinada asociación, la respuesta a una consulta realizada, y así por delante<sup>319</sup>.

El tema de la actividad consultiva del abogado merece algunas consideraciones adicionales, debido a su relevancia en la afirmación de la responsabilidad civil. Cuando elabora pareceres o contesta a indagaciones o consultas, el abogado asume la obligación de resultado, es decir, se compromete a facilitar lo que le fue solicitado por el cliente. Esto ya no ocurre cuando se trata del contenido, ya que el profesional no tiene el deber de decir o escribir lo que el cliente quiere oír; pero si tiene este deber cuando se trata de la satisfacción de la pretensión, que se realiza por medio de la elaboración del parecer, de la respuesta a la consulta, etc..

---

<sup>319</sup> MOREO ARIZA (2007, p. 34) afirma que las obligaciones que conciernen al abogado como profesional normalmente no son de resultado, pero sí de medios, por lo menos en lo que se refiere a sus actuaciones procesales, de forma que no se debe exigir de este en todo los casos el éxito de las pretensiones que defiende, pero solamente una actuación diligente basada en el conocimiento de las normas relevantes para la solución del caso, así como de la jurisprudencia aplicable, siempre siguiendo criterios de razonabilidad cuando no existieren interpretaciones unísonas.

La realización de una abogacía consultiva que notoriamente contraría a la ley, conforme el entendimiento mayoritario de la doctrina y jurisprudencia, puede acarrear el deber de indemnizar los eventuales perjuicios ocasionados al cliente. Es pacífico en la doctrina que un parecer o un consejo claramente no autorizado por la ley, doctrina o jurisprudencia, implica para el abogado la obligación de reparar el daño sufrido por el cliente que siguió su consejo absurdo, pero que no tenía como reconocer dicha extravagancia<sup>320</sup>.

Si de la utilización de este trabajo mal elaborado emergieren daños, la causa de todo habrá sido la indebida posición adoptada por el profesional. Pero, para que suceda de este modo, es esencial la ocurrencia de una actuación totalmente inadecuada, groseramente errónea y evidentemente imperita, pues, en caso contrario, el profesional solamente habrá emitido su opinión acerca del tema. Si la opinión encuentra un respaldo mínimo en la ley, jurisprudencia o doctrina, el abogado habrá cumplido su deber de resultado y quedará libre de cualquier persecución.

En el caso de una consulta jurídica formulada por el cliente al abogado, este debe tener en cuenta el hecho de que de su expresión verbal o escrita dirigida al interesado dependerá, en gran parte de las veces, el destino del tema puesto en análisis. Así, un eventual error en el momento de cumplir la obligación de aconsejar de manera correcta al cliente podrá ser equiparado a la ausencia completa de consejo, posibilitando al perjudicado buscar en juicio, la

---

<sup>320</sup> AGUIAR DIAS, 1994, p. 321.

reparación por parte del profesional por los daños soportados en virtud del mal asesoramiento recibido<sup>321</sup>.

#### **5.2.8.2 La prueba del incumplimiento de la obligación**

Debido a las características de la obligación de resultado, caso no sea alcanzado el objetivo determinado por las partes, el prestador del deber deberá probar que no actuó con culpa. Podrá también, alternativamente, atestar cabalmente la ocurrencia de culpa exclusiva de la víctima en la producción de su propio infortunio, o entonces probar la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor. Del cliente es exigido apenas que demuestre el incumplimiento de la obligación por la otra parte, que se caracteriza por la simple falta de implementación del resultado previsto<sup>322</sup>.

Como mencionado, el encargo de probar la responsabilidad del profesional es distinto en las obligaciones de medios y en las de resultado. Mientras que en aquellas cabe al cliente demostrar la actuación culposa del contratado, en estas cabe al profesional esquivarse de la imputación realizada por su adversario, lo que, por vía de regla, ocurre con la demostración de que el propio perjudicado ocasionó el resultado lesivo (por ejemplo, en el caso

---

321 LÔBO (1994, p. 120) observa que en caso de consulta jurídica, el consejo insuficiente debe ser equiparado a la ausencia de consejo, siendo, también, imputable al abogado la responsabilidad civil. El parecer no es apenas una opinión, pero sí una dirección técnica que debe ser seguida, la cual, cuando es visiblemente contraria a la legislación, doctrina o jurisprudencia, acarrea daños al cliente que le sigue. Eso ocurre porque el camino indicado por el profesional actúa como elemento decisivo en la conducta del cliente, que termina generando daños en virtud del indebido consejo recibido.

322 SABÓIA CAMPOS (1996, p. 100) afirma que si el profesional se comprometió en alcanzar un determinado resultado, es presumidamente culpable caso no lo alcance. Cabe a este profesional demostrar que la culpa no es suya, o la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor. El cliente (acreedor) solamente debe demostrar el incumplimiento, es decir, que el resultado no fue alcanzado.

que el cliente no realiza el pago de la cuantía exigida por ley para impetrar el recurso)<sup>323</sup>.

En las obligaciones de resultado se invierte el deber ordinario de prueba, cabiendo al que asumió la obligación el encargo de revelar las causas del evento dañoso. Caso no proceda de esta forma, el simple hecho de no haber alcanzado la meta establecida hará con que surja el deber de indemnizar los perjuicios. En lo que se relaciona a estos, la prueba de su existencia cabrá al perjudicado, ya que en este ámbito no existe inversión de la carga de la prueba y tampoco la presunción de ocurrencia de perjuicios.

En el ámbito de la responsabilidad contractual existen dos tipos de daños distintos: el daño ocasionado por la inejecución de la obligación prevista en el contrato y el daño ocasionado por el propio objeto de la prestación<sup>324</sup>. En la primera hipótesis, el escenario corresponde a un deber de resultado, mientras que la segunda es compatible con un deber de medio. En este, el abogado necesita observar la *lex artis*<sup>325</sup>. Si es de resultado, el cliente no necesita probar el elemento culpa, pues la inejecución de la meta prevista en

---

<sup>323</sup> REPRESAS (1996, p. 140) afirma que en las obligaciones determinadas, es suficiente que el acreedor demuestre que no se alcanzó el resultado prometido, y nada más; cabiendo, sin embargo al deudor, que quiera eximirse de la responsabilidad, demostrar que el resultado no ocurrió por caso fortuito o otra causa ajena.

<sup>324</sup> SABÓIA CAMPOS, 1996, p. 100.

<sup>325</sup> YÁGÜEZ, Ricardo Ángel, op. cit.: “En la relación del abogado con su cliente, si el primero de ellos incumple las obligaciones contratadas, o las que son consecuencia necesaria de su actividad profesional, estamos en presencia de una responsabilidad contractual, teniendo en cuenta que el deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis* [reglas del oficio], pero no implica una obligación del resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta como regla general la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria.”

el origen implica la responsabilidad del profesional, ya que pasa a ser considerado deudor.

Hay una corriente, minoritaria, que afirma que no se trata de la aplicación pura y simple de la idea de responsabilidad objetiva, pero sí de algo que se asemeja a ella, aunque la relación siga siendo regida por la teoría de la responsabilidad subjetiva, aunque estén parcialmente alteradas las condiciones de su reconocimiento. Es posible afirmar que la culpa es presumida por el incumplimiento del resultado buscado, cabiendo al abogado, para poder librarse de la imputación, demostrar la ocurrencia de algún de los elementos de exclusión de la responsabilidad, como el caso fortuito, la fuerza mayor y la culpa exclusiva del cliente<sup>326</sup>.

## **5.2.9 Actuación judicial y extrajudicial con obligación de medios**

### **5.2.9.1 La intervención forense del abogado**

La contratación del profesional de la abogacía busca, en general, que este actúe en juicio, sea dando inicio a una acción, sea actuando en la defensa del cliente que figura como reo en una

---

326 ROSSI (2007, p. 85) observa que aunque no se altere la naturaleza de la responsabilidad civil del abogado, actualmente no es toda actividad profesional que puede ser considerada como una obligación de medio, como es el caso de la abogacía litigiosa, en que el profesional está obligado a utilizar toda su diligencia y capacidad técnica en la defensa de los intereses de su contratante, sin obligarse al resultado, pues siempre existe un nivel de falibilidad, debido a las vicisitudes inherentes al proceso administrativo o judicial. Por otro lado, en los días de hoy, existen infinitudes de actuaciones del profesional del derecho que, en principio, se caracterizan como obligaciones de resultado, como, por ejemplo, la elaboración de un contrato, de un estatuto social, un asesoramiento jurídico específico, entre otros; situaciones en que el abogado se compromete, en tesis, a un resultado específico y esperado por el contratante.

cierta demanda. Ese tipo de actividad es genuinamente de medio, excepto cuando quede expresamente previsto lo contrario. Luego, como regla general no se podrá exigir del abogado que llegue a la meta establecida por el cliente, pero sí que aplique correctamente la técnica que posee y la cautela necesaria para dar un correcto seguimiento en la cuestión en debate.

Tampoco se entiende como siendo de resultado, la obligación de presentar las peticiones necesarias para la tramitación de la demanda, y tampoco el deber de observar los plazos procesales. Al contribuir con el proseguimiento de la causa, tanto dando inicio a esta como presentando una contestación, el abogado estará empleando los medios correctos para el caso. Lo mismo ocurre cuando realiza actos dentro de los plazos establecidos en ley, ya que esto está incluso en su deber de aplicar los métodos recomendados, evitando, así, la responsabilidad por negligencia.

Al actuar conforme lo descrito, el profesional se libera de cada imposición que se le presenta debido al vínculo pactado con el cliente. Cabe citar, por otro lado, que el simple hecho de que ocurra la pérdida de oportunidad de actuar conforme lo exigido caracteriza, en principio, culpa profesional, suscitando la interposición de un pleito indemnizatorio. No obstante, el abogado puede demostrar que en verdad no hubo culpa, o que fue el cliente quién ocasionó el hecho señalado como lesivo (no entregando el dinero necesario para la interposición del recurso, por ejemplo).

Hay una parte de la doctrina que, por otro lado, considera que en las situaciones antes expuestas existen obligaciones de

resultado, derivando de esto la posibilidad de que el cliente reclame una indemnización, incluso sin probar la culpa del abogado. Preconizan que es suficiente, en dichos casos, la demostración de que ocurrió la falta, representada por la pérdida de una chance, del propio derecho o del proceso<sup>327</sup>. Sin embargo, esa forma de interpretar la responsabilidad civil del abogado no es adecuada, pues termina consagrando, indirectamente, la idea de responsabilidad objetiva en casos en que la ley no la admite.

Contratado para defender los intereses del cliente en la demanda, el abogado tendrá obligaciones inherentes al regular desarrollo del proceso (compareciendo a las audiencias aplazadas, por ejemplo), como también otras que resultan de la naturaleza de la relación pactada (por ejemplo, el deber de rendir cuentas en el mandato, como también el de informar el cliente acerca de las cuestiones relativas al pleito). Por lo tanto, las obligaciones asumidas implican mucho más que la simple práctica de los actos procesales *stricto sensu*, involucrando, con igual vigor, el plan de los deberes procedentes de las normas reguladoras del contrato elegido, como también el de los principios generales del derecho contractual.

La conducta irregular del abogado, capaz de generar responsabilidad ante el tomador de sus servicios, puede producirse en cualquier momento del proceso judicial. En la mayoría de las veces el profesional es responsabilizado por haber iniciado una demanda cuando la referida pretensión ya estaba prescrita o

---

<sup>327</sup> REPRESAS, 1996, p. 144.

cuando ya había ocurrido la decadencia del derecho. En diversas otras hipótesis, la responsabilidad del profesional deriva de la inercia, es decir, de una no actuación cuando una conducta suya era exigida como mecanismo para preservar o proteger el interés de su cliente.

Así, tanto la ausencia de contestación a las alegaciones de la parte contraria como la no presentación del rol de testigos, o de alguna prueba relevante en la etapa procesal en que el abogado debía actuar, implica la responsabilidad civil de este. El deber de reparar puede existir también después de realizada la prestación jurisdiccional, ocurriendo, en gran parte de las veces, debido a la no interposición del recurso en el caso de un pronunciamiento judicial contrario a los derechos invocados por la parte derrotada.

Lo que se constata, por lo tanto, es la intensidad con que se presentan las obligaciones profesionales del abogado, desde el momento en que se establece la relación con el cliente hasta el momento final en que se agotan todas las consecuencias de la actuación realizada. Dicho cuadro es idéntico tanto en el Derecho español como en el brasileño, pues las legislaciones de los dos países fundamentan la responsabilidad civil del abogado sobre las mismas bases jurídicas.

De cualquier modo, si el resultado de la actuación del abogado es la victoria en el proceso, automáticamente faltará interés de actuar para el cliente que desee responsabilizar al profesional por la supuesta práctica de conducta culposa. Eso ocurre porque la ausencia de daño obsta todo tipo de iniciativa de

esta naturaleza. Y, por otro lado, al lograr éxito en la demanda, el abogado trae para sí la presunción de haber actuado conforme lo que le era exigido, liberándose de forma integral de las obligaciones contraídas con el contratante.

En la práctica, la gran mayoría de los casos en que el cliente demanda al abogado busca la imputación de errores que fueron practicados a lo largo del proceso<sup>328</sup>. Y esto no podría ser distinto, ya que la contratación de un abogado para actuar fuera del ámbito judicial es mucho menos frecuente. Es en ámbito judicial donde un equívoco del abogado puede ocasionar mayores daños a los intereses del contratante, ya que el litigio, en general, acarrea una considerable carga económica para el vencido. Sin embargo, no es rara la ejecución de actividades extraprocesales por el abogado, sea elaborando minutas o contratos, sea actuando como mediador de conflictos, etc..

Aunque esto suceda, la relación seguirá teniendo naturaleza contractual, sin haber diferenciación, en concreto, de los vínculos generados para fines de actuación en juicio. Lo que puede ocurrir es que, dependiendo de la especie de actividad buscada, sea

---

<sup>328</sup> MOREO ARIZA (2007, p. 40), sobre el tema, destaca: “Un examen superficial de la jurisprudencia que se ocupa de la responsabilidad civil del abogado pone de manifiesto que, en la inmensa mayoría de los casos, se trata de negligencias cometidas en el curso de actuaciones procesales. Esto es lógico porque es en este ámbito donde pueden frustrarse con carácter irreversible las pretensiones de los clientes. No obstante, no hay que descartar que, en el futuro, se concrete una forma de ejercer la abogacía más lejana de la abierta conflictividad judicial, que hoy consideramos típica. A ello apuntan nuevas instituciones, como las denominadas soluciones alternativas. La naturaleza de la relación que vincula al cliente con su abogado, en este caso, es contractual, como en el caso de las actuaciones procesales, si bien en este ámbito es más frecuente que en el de las actuaciones procesales la celebración de contratos de obra, en los cuales el profesional es deudor de una obligación de resultado. De este modo, si el resultado no se logra, se pierde el derecho a cobrar honorarios independientemente de la causa, pero si ésta ha sido ajena, no existirá responsabilidad. En cambio, tratándose de obligaciones de medios, basta con que la actividad sea diligente, aunque no se logre el fin pretendido.”

distinto el carácter de la obligación que surge para el abogado. Si, por ejemplo, este tiene el deber de elaborar un contrato de compraventa, deberá entregar al cliente un instrumento capaz de satisfacer sus expectativas, considerando las peculiaridades del negocio que se pretende realizar y el conjunto de informaciones facilitadas al profesional.

En esa hipótesis, la obligación será de resultado, de forma que un eventual fracaso recaerá sobre el abogado y le obligará a indemnizar los daños que se verificaren. Excepto, por supuesto, cuando existieren elementos capaces de excluir esa responsabilidad, como por ejemplo, en caso de omisión por parte del cliente de datos esenciales para una correcta formación del instrumento. Por otro lado, si el profesional es contratado para actuar como mediador entre las partes en un conflicto extrajudicial, evidentemente surgirá para él solamente una obligación de medios, ya que el resultado final dependerá de factores extraños a su desempeño. Incluso el mejor de los profesionales no tendrá éxito en la mediación en el caso de que los implicados no se muestren dispuestos a celebrar el ajuste final deseado.

En cualquier circunstancia, el abogado debe actuar con observancia de la *lex artis*<sup>329</sup>. Cabe destacar, debido a su relevancia, que esa imposición también se aplica en el caso de actividades extrajudiciales. El nivel de exigencia del desarrollo de

---

<sup>329</sup> La STS de 28 de diciembre de 1996, n. 1130, RJ 9509, reconoció la inexistencia de responsabilidad civil en un caso en que el abogado utilizó todos los medios que disponía para que su cliente obtuviese el valor que creía debido. Afirmó, que fue la falta de recursos económicos del cliente que terminó impidiendo la adopción, por parte del abogado, de otras medidas que eran teóricamente posibles.

los servicios jurídicos se verifica con igual intensidad tanto en los casos de intervención judicial del abogado como en sus prestaciones extrajudiciales. Así, se exige la misma calidad del trabajo realizado por el profesional en asuntos administrativos, en negociaciones civiles y mercantiles, en la contratación privada y en las operaciones societarias en se formalizan acuerdos o transacciones entre los implicados<sup>330</sup>.

#### **5.2.9.2 La actividad extrajudicial del abogado**

Como mencionado anteriormente, no debe ser olvidada la circunstancia de que la diferencia entre obligaciones de medio y de resultado puede ser relativizada, como también, la existente entre obligaciones procesales y extraprocesales. Eso ocurre debido al hecho de que en cualquier especie de obligación, relacionada con una actividad, también existen resultados parciales exigibles, de forma que el régimen concreto de responsabilidad también puede variar en virtud de dicho cuadro, especialmente en lo relacionado con la carga de la prueba<sup>331</sup>.

No se puede negar que en el caso de actuaciones extraprocesales existen aspectos discutibles, ya que al proceder conforme su oficio, el operador del derecho no se limita a aplicar puramente la ley en su forma original y literal, sino que busca investigar su real contenido normativo. Luego, conjuntamente con

---

<sup>330</sup> MARTÍ MARTÍ, 2007, p. 73.

<sup>331</sup> MARTÍ MARTÍ, 2007, p. 74.

las obligaciones de resultado primitivas, derivadas del contrato celebrado, pueden existir deberes parciales de medio.

Las actividades extraprocerales del abogado pueden objetivar las más diversas tareas. Entre estas está la de dar orientación jurídica al cliente, con la finalidad de informarle sobre cómo actuar para que no sea necesario un debate judicial, y caso este ocurra, informar sobre las posibles repercusiones del evento en la esfera económica y personal de los implicados. También es extraprocera la elaboración de minutas de contratos, peticiones a la Administración Pública, estatutos de entidades civiles, etc.. En el mismo ámbito está la prestación de asesoría empresarial, con o sin vínculo de empleo; y en este mismo nivel se sitúan también las negociaciones realizadas junto a las personas con quien el contratante se relaciona, buscando alcanzar un determinado objetivo previamente establecido.

En todas las hipótesis explicitadas, en lo que se relaciona a la forma de actuación del profesional, es posible afirmar la exigencia plena de que este proceda de forma correcta, es decir, con el cuidado y la diligencia reclamadas concretamente por la situación en cuestión. Estas características pueden emanar de la legislación civilista común o de las normas internas de la corporación responsable por la fiscalización de la profesión. No hay diferencias de análisis entre la actuación procesal y la extraprocera, especialmente en lo que se relaciona a la determinación de la responsabilidad civil por daños derivados de un mal ejercicio de la profesión. Lo que puede variar es el sentido dado por la

constatación de que se trata de una obligación puramente de medio, o que, por otro lado, implica la necesaria obtención de un cierto resultado.

### **5.3 Responsabilidad extracontractual**

#### **5.3.1 Hipótesis susceptibles**

La responsabilidad extracontractual deriva de la lesión de un derecho subjetivo ajeno jurídicamente protegido, al cual corresponde, naturalmente, un deber jurídico preexistente. No existe un contrato firmado objetivando definir los derechos y deberes de los individuos, pues las obligaciones emanan de la voluntad de la ley, considerada en sí misma. Es también conocida como responsabilidad aquiliana o delictual, encajándose en casi todos los requisitos establecidos para la responsabilidad delictual, habiendo, sin embargo, considerables distinciones entre ellas, especialmente en lo que se relaciona a la carga de la prueba<sup>332</sup>.

Cuando alguien ofende a un derecho ajeno, no es necesario que la víctima y el ofensor hayan firmado un acuerdo previo estableciendo las prerrogativas y encargos de cada uno. El deber de indemnizar deriva de la ley, y se origina de la práctica de un acto

---

<sup>332</sup> MIRANDA SUÁREZ (2007, p. 36), al hablar de la responsabilidad civil del abogado, afirma: “Dicha responsabilidad puede provenir del incumplimiento de obligaciones estipuladas contractualmente entre el abogado y su cliente (contractual), o de tener por causa un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otra persona (extracontractual), lo que en ambos casos implicará la infracción a aquellas normas referentes al ejercicio de la profesión que establezcan conductas o modos de obrar, y que conforman la buena praxis, especialmente las normas ético profesionales.”

ilícito *lato sensu*, es decir, de una conducta que se contrapone a la previsión legal presente en el ordenamiento. Así, cuando el legislador afirma que la provocación culposa de un perjuicio obliga al ofensor a reparar el mal ocasionado, dicha norma obliga a todas las personas, teniendo carácter *erga omnes*. El que se encuadrar en la previsión abstracta, por haber, en el plan concreto, infringido el contenido normativo, quedará sometido a las consecuencias en él establecidas. Queda claro que el requisito para la responsabilidad extracontractual es la existencia de un comportamiento culposo que ocasiona lesión a otro.

En los casos en que los profesionales liberales practican la ilicitud y no están ligados a la víctima por lazos oriundos de un negocio jurídico *stricto sensu*, podrán ser responsabilizados con base en la responsabilidad aquiliana o extracontractual. Es lo que ocurre cuando el abogado ocasiona perjuicios a un tercero (por ejemplo, el litigante que está en el otro polo de la relación) extraño a la relación contractual que este mantiene con el cliente. Como el contrato es la ley solamente entre los celebrantes, no es posible que el perjudicado invoque el pacto firmado entre el abogado y su contratante como un elemento apto para generar el deber de indemnizar los perjuicios experimentados por aquél que no es parte de la relación contractual. Todavía, puede el ofendido argüir la incidencia de una norma general que disciplina la materia y obliga al ofensor a reparar los daños provocados.

Es posible notar, de esta forma, que un mismo contexto jurídico tiene la capacidad de suscitar el surgimiento de

responsabilidad contractual y extracontractual ante distintos personajes. Si se considera la relación establecida con el cliente, la responsabilidad del abogado es contractual, la cual abarca los daños ocurridos debido a una conducta culposa de su parte y de la existencia de nexo causal entre esa acción y el resultado lesivo.

### 5.3.2 Mecanismo de responsabilidad

Cabe observar que en el caso de actos lesivos practicados por el abogado contra terceros, las consecuencias que este deberá soportar serán establecidas con base en las reglas referentes a la responsabilidad extracontractual o aquiliana. Esto ocurrirá aunque los daños hayan ocurrido debido a la actividad contractual del abogado con su cliente, pues el tercero afectado no participó de la referida relación.

Luego, para quien es perjudicado en estas condiciones, el contrato firmado entre el profesional y su cliente es *res inter alios*, no siendo posible invocarlo como soporte para la responsabilidad del agente que ocasionó daños a un tercero extraño al vínculo. La doctrina española también sigue en esta dirección, afirmando la posibilidad de coexistencia entre las dos modalidades de responsabilidad<sup>333</sup>.

---

<sup>333</sup> MONTERROSO CASADO (2007, p. 58) trata de este aspecto: "En relación con el ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual en este ámbito se plantea el siguiente problema: al no existir en este tipo de responsabilidad una vulneración de una obligación producto de una relación jurídica previa, a priori, la indemnización por daños por la vía extracontractual procedería sólo en los supuestos en los que no exista relación contractual. (...) Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria han acogido las normas de responsabilidad extracontractual a la hora de atribuir la responsabilidad a los profesionales (especialmente en materia sanitaria), difuminando ambos tipos de responsabilidad. Desde

Los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil español no se destinan, en un principio, a reglamentar la responsabilidad extracontractual, pero deben considerarse aplicables, por lo menos, cuando la obligación de indemnizar, constituida por el reconocimiento del deudor o por sentencia judicial definitiva, no es cumplida<sup>334</sup>. Cabe recordar el contenido del art. 1.101 del código español: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”. Se percibe en el contenido de la norma la idea de incidencia sobre las hipótesis de responsabilidad contractual. Todavía, como no existen normas específicas disciplinando la modalidad contractual, es posible extraer del reglamento existente la perspectiva de aplicación a los casos de responsabilidad no relacionada al contenido de un contrato<sup>335</sup>.

Ante lo expuesto, queda claro que en el plan de actuación judicial del abogado es posible vislumbrar la hipótesis de que este sea responsabilizado extracontractualmente, debido a los daños ocasionados a la parte que representa. Esto ocurre cuando no existe un contrato vinculando el abogado al representado, debido a

---

esa posición, aunque exista una relación contractual se determina la existencia de una responsabilidad extracontractual si se aprecia una vulneración del artículo 1902 del Código civil, es decir, si se infringe el deber genérico de no causar un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia. En este sentido, resulta posible que concurren ambos tipos de responsabilidades, la contractual derivada de los artículos 1101 y ss. y la extracontractual de los artículos 1902 y ss. (constituyendo la prescripción uno de los aspectos más relevantes de la elección de uno u otro tipo de responsabilidad).”

334 REGLERO CAMPOS, 2003, p. 121.

231 REGLERO CAMPOS, 2003, p. 122.

la naturaleza del evento que originó la actuación profesional. Un ejemplo de esto es la constitución del defensor dativo, del síndico en una bancarrota, del albacea, del curador especial de un incapaz, y así por delante.

Lo mismo ocurre cuando, por ejemplo, el abogado es familiar o amigo de la parte que representa, y actúa sin cobrar ningún valor del asistido. Solución idéntica existirá en el caso de que el profesional actúe, aunque en favor de una persona extraña, por mera liberalidad y sin cualquier tipo de contraprestación económica<sup>336</sup>.

En las referidas situaciones, el perjudicado no podrá alegar la celebración de un contrato de mandato o de prestación de servicios contra el abogado. En el caso en que se exige la aceptación del encargo para viabilizar la actuación, ese hecho no implica la formación de un acuerdo de voluntades entre el abogado y el representado, ya que sobre aquél pasa a existir un deber profesional derivado de un compromiso de naturaleza pública, extracontractual. Sin embargo, deriva de la ley la determinación de que todo aquél que ocasionar daños, debido a una actuación culposa, deberá indemnizarlos, siempre que no esté presente ninguna causa de exclusión de la responsabilidad civil. Luego, la víctima podrá alegar afronta a la ley para fundamentar la pretensión reclamada judicialmente.

---

<sup>336</sup> En la STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 8971), se decidió: “La responsabilidad extracontractual queda reservada a aquellos supuestos en que la conducta del abogado caiga fuera de la órbita contractual, por intervenir no en virtud de un contrato oneroso, sino por relaciones de amistad o parentesco, sin recibir contraprestación alguna.”

Otro ámbito interesante es el de la celebración de contratos nulos, o que, por ser anulables, tienen su eficacia limitada. La responsabilidad resultante de un contrato nulo posibilita que la parte responsable por la respectiva acción elija entre fundamentar la demanda en las relaciones del contrato o pedir la reparación extracontractual del daño<sup>337</sup>. Parece ser más adecuado, sin embargo, entender que de un contrato nulo no emanan repercusiones de índole contractual propiamente dichas, de forma que ni tampoco la buena fe de la víctima servirá como argumento para que se pueda utilizar los términos del contrato como elemento indicador de la responsabilidad del abogado.

En lo que concierne a los contratos anulables, lo cierto es que los efectos que se produjeron hasta el momento de la sentencia – que les anula – obligan a las partes. Luego, el perjudicado por la actuación culposa del abogado tiene la prerrogativa de reclamar la reparación de los daños con base en la responsabilidad contractual, hasta el límite de su aplicación.

De la misma forma con que sucede en el ámbito de la responsabilidad contractual, la de carácter extracontractual puede ser subjetiva u objetiva, conforme las características que presente<sup>338</sup>. La responsabilidad subjetiva no prescinde de la prueba de la culpa del ofensor en la provocación del resultado lesivo. La objetiva, por otro lado, no lleva en cuenta el elemento anímico del agente, pero sí la existencia de nexo causal entre la conducta y el

---

<sup>337</sup> AGUIAR DIAS, 1994, p. 322.

<sup>338</sup> GOMES, 1997, p. 278.

resultado lesivo, utilizando la ley como fundamento para su aplicación. Mientras que en la modalidad subjetiva cabe a la víctima probar la existencia de culpa en la actuación del abogado, en la objetiva ese requisito es despreciable y absolutamente inexigible.

En lo que se relaciona a los abogados autónomos que se vinculan al representado a través de una nominación judicial, la responsabilidad es extracontractual y subjetiva. Como estos están ligados al Estado, y en esta condición prestan sus servicios (por ejemplo, los defensores públicos), quien responde objetivamente es la persona jurídica de derecho público interno a la cual se vinculan. Tras ser condenada a indemnizar, surgirá el derecho regresivo contra el profesional que ocasionó el daño, pero solamente en los casos en que este haya actuado culposamente. Eso porque la responsabilidad objetiva no se aplica al agente estatal, y si solamente al ente estatal que tiene el agente entre los profesionales de su grupo.

## **5.4 Prescripción de la pretensión contra el abogado**

### **5.4.1 Marco inicial de la prescripción**

El tema de la prescripción de la pretensión que el cliente tiene contra el abogado, debido a una relación jurídica existente entre ambos, demanda un análisis cauteloso, pues engloba preceptos relacionados con el Derecho Civil común y con el Derecho del Consumidor.

Inicialmente, es necesario definir el momento en que se inicia el cómputo del tiempo para fines de prescripción. Teóricamente, se podría sustentar la idea de que esta empieza en el momento en que el abogado practica el acto lesivo; pero esto no es factible, debido a la imposibilidad de presumir, o de aceptar, la circunstancia de que el contratante siempre toma conocimiento de lo sucedido en el mismo momento de su efectiva materialización.

Sería mucho más próxima de la realidad la alegación de que el plazo se inicia en el mismo instante en que el cliente toma conocimiento de la práctica del acto lesivo. Todavía, es posible que este hecho no coincida con la real verificación de los daños por la víctima, de forma que, caso exista un intervalo muy grande entre la fecha del acto y la de la consumación de los daños, sería necesario considerar interrumpido el cómputo del plazo, aspecto este no previsto en la legislación<sup>339</sup>.

La mejor solución es, efectivamente, la de considerar como *dies a quo* de la prescripción el momento en que el contratante toma conocimiento de la ocurrencia del daño. Ahí es cuando se forma de manera concreta la pretensión jurídica, legitimando el perjudicado a buscar ante el Poder Judicial la decisión que confirme el derecho pleiteado. Todavía, como la relación entre el cliente y el abogado es de consumo y engloba la prestación de servicios, el legislador brasileño idealizó una regla por la cual la prescripción pasa a depender de la conjugación de dos factores: el conocimiento

---

<sup>339</sup> VASSILIEFF, 2006, p. 104.

por parte del ofendido del daño, y de quien fue el agente causador de este.

Es verdad que esta es una norma general que se aplica a la totalidad de los vínculos de consumo que engloban la prestación de servicios, pero no existe motivo para que esta sea apartada de las relaciones entre los profesionales liberales y sus respectivos clientes. En efecto, el art. 27 del Código de Defensa del Consumidor afirma que prescribe en cinco años la pretensión que busca la reparación de los daños ocasionados por un hecho del producto o del servicio, iniciándose el plazo a partir del momento en que se toma conocimiento del daño y de su autoría.

Ante lo expuesto, lo cierto es que el cómputo del plazo prescriptivo, en Brasil, inicia en el momento en que el cliente toma conocimiento del perjuicio y de su autor. Este último aspecto, relativo al conocimiento del agente que ocasiona el perjuicio tiene especial utilidad en los contratos de prestación de servicios de abogacía, pues en muchas de las veces el cliente no sabe exactamente quien practicó el acto que generó el daño, debido a la complejidad que la actuación judicial – o la extrajudicial – puede presentar. Luego, en el momento en que conoce el perjuicio y sabe quién es su causador, el ofendido pasa a tener consigo las informaciones necesarias para buscar la reparación. Si deja pasar *in albis* el quinquenio legal, verá su pretensión jurídica desaparecer y no podrá más reclamar judicialmente su derecho.

## 5.4.2 Plazos de prescripción

Nunca es demasiado resaltar que el plazo común de prescripción indicado en el art. 226, § 3º, V, del Código Civil brasileño, para el ejercicio de la pretensión de reparación civil, es de tres años. Se constata, por lo tanto, que, aparentemente, existirían dos reglas de derecho pasibles de ser aplicadas a las relaciones entre el abogado y el cliente: una de ellas de carácter general, cuyo empleo ocurre siempre que no exista ninguna norma especial regulando el asunto; y otra de carácter específico, destinada a facilitar la solución en los casos en que el vínculo sea de consumo. Considerando el hecho de que la relación entre el abogado y el cliente es de consumo, y sabiéndose que la regla específica siempre se sobrepone a la genérica, no restará dudas de que la prescripción es de cinco y no de tres años.

Cabe destacar que el Derecho español adoptó un criterio general para tratar del inicio del cómputo del plazo de prescripción de las demandas, establecido en el art. 1.969 del Código Civil: “El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitar-se”. Como se puede percibir, España consagró la teoría de la *‘actio nata’*. Todavía, para las demandas en que hay reclamación de daños extracontractuales, se utiliza lo determinado en el art. 1.968.2 del Código Civil, según el cual el plazo de prescripción empezará ‘desde el momento en que lo supo el agraviado’. Cabe destacar que mientras que el art. 1.969

establece un criterio objetivo, el establecido por el 1.968.2 es de naturaleza subjetiva<sup>340</sup>.

Este último aspecto, que merece destacarse, hace con que la prescripción de las pretensiones derivadas de un vínculo extracontractual, en la legislación española, ocurra en el plazo de un año (art. 1.968.2 del Código Civil), mientras que en el caso de las pretensiones vinculadas a la responsabilidad contractual, ocurre en quince años, conforme lo establecido en el 1.964 del Código Civil. Con eso, es de extrema importancia la constatación de cuál es la modalidad de obligación a que está sometido el abogado en cada situación concreta existente<sup>341</sup>.

Las cuestiones referentes a la determinación del plazo y al marco inicial de su cómputo, todavía, no difieren sustancialmente en los ordenamientos jurídicos mencionados, pues siguen una misma estructura ya delineada.

En Argentina, los plazos de prescripción relativos a la responsabilidad civil del abogado son distintos de los anteriormente citados. La acción por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato prescribe en diez años, excepto en algunas situaciones especiales establecidas en ley, las cuales tienen otro lapso temporal. En este sentido, el art. 4.023 del Código Civil argentino preconiza: “Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial. Igual plazo regirá para interponer la acción de nulidad, tratándose de actos nulos o

---

<sup>340</sup> REGLERO CAMPOS, 2003, pág. 571.

<sup>341</sup> STS, 17 de noviembre de 1995, RJ 8735.

anulables, si no estuviere previsto un plazo menor”. Ya la responsabilidad extracontractual se somete al plazo de dos años, conforme determina el art. 4.037 del mismo Código: “Prescribese por dos años, la acción por responsabilidad civil extracontractual”.

## **CAPÍTULO VI.- PRINCIPALES SITUACIONES GENERADORAS DE RESPONSABILIDAD EN LA PRÁCTICA FORENSE**

### **6.1 Deber de sigilo profesional, de consejo y de información**

El abogado tiene la obligación legal de mantener en secreto todo lo que le es transmitido por el cliente en virtud de su profesión. Es de tal importancia el sigilo, que su ruptura puede incluso ocasionar una incompatibilidad concreta del agente para el ejercicio de la profesión, actuando, en el caso de los abogados, como un elemento capaz de suscitar la aplicación de una severa reprimenda disciplinar<sup>342</sup>. La inobservancia de esa imposición, salvo cuando permitida por ley, implica la incidencia de reprimendas de carácter

---

<sup>342</sup> ALBIEZ DOHMANN et al, 2007, p. 862, expresa la siguiente posición: “Por lo que respecta al secreto profesional, es importante establecer las garantías para que el ciudadano tenga conocimiento de quién o como se le están prestando los servicios profesionales que requiere, y quién puede tener conocimiento de su asunto y circunstancias personales, especialmente si se trata de un grupo profesional. Téngase en cuenta que tan importante es el secreto profesional no sólo desde la perspectiva individual sino que, en muchos casos, sirve de último fundamento a la incompatibilidad de algunas profesiones como la de abogado y auditor.”

civil, penal y administrativo. Es de tal relevancia la preocupación del legislador brasileño con el sigilo profesional que la propia Constitución de la República trató de la referida materia en su art. 5º, XIV: “se asegura a todas las personas el acceso a la información, resguardado el sigilo de la fuente cuando este sea necesario al ejercicio profesional”.

El secreto profesional emana de una ley marcada por el interés público, teniendo toda su estructura disciplinada en esta ley. Luego, no puede ser prescindido en virtud de una cláusula convencional pactada por las partes. Es interés de toda la sociedad la preservación del sigilo, con el fin de que exista una mayor seguridad en el desarrollo de las cuestiones individuales, cuya repercusión colectiva es innegable. La confianza que el cliente deposita en el abogado no puede ser quebrantada, bajo pena de que termine ahí el propio contrato, cuya base es la confianza recíproca.

Como en gran parte de las veces son revelados al abogado hechos capaces de afectar considerablemente la vida del contratante, la obligación de mantener secreto surge como un mecanismo de protección de este. Dentro del deber de sigilo se incluyen todas las informaciones facilitadas al profesional, tanto verbales como escritas, documentos de toda naturaleza, imágenes, etc.. La obligación persiste incluso tras terminar la prestación de servicios, ya que de ella depende la seguridad jurídica del cliente.

Por otro lado, no se debe olvidar que el vínculo entre el abogado y el cliente es, en general, marcado por la confianza. En

efecto, la confianza es lo que, en un principio, motiva al cliente a elegir un determinado profesional, en el cual deposita toda la expectativa de resolver o amenizar su problema. La confianza es un principio que tiene lugar en cualquier relación de naturaleza contractual, estando presente desde la etapa anterior a la celebración del ajuste hasta el período subsecuente a la ejecución del mismo<sup>343</sup>.

Es de tal relevancia el secreto profesional que no es exigido, para su configuración, que sea firmado un contrato entre las partes. También es vedado al abogado revelar lo que le fue informado por otras fuentes, desde que haya adquirido dichas informaciones en el desarrollo de su actividad o debido a ella. Por otro lado, el deber de sigilo también engloba la preservación de los datos personales del cliente, como los relativos a su identificación y cualificación<sup>344</sup>.

En lo que se relaciona a la imposición de secreto profesional, y buscando facilitar al abogado el cumplimiento de ese deber, el apartado I del art. 229 del Código Civil dispone: “Nadie puede ser obligado a testificar sobre hecho: I – sobre el cual, por estado o profesión, deba guardar secreto”. El art. 207 del Código Procesal Penal establece que están prohibidas de manifestarse las personas que, debido a su función, ministerio, oficio o profesión, deban guardar secreto, salvo si, autorizadas por la parte interesada, desearan ofrecer su testimonio.

---

<sup>343</sup> ZANCHET, 2006, p. 130.

<sup>344</sup> ALBIEZ DOHMANN et al. 2007, p. 863.

El art. 154 del Código Penal tipifica el delito de quebrantamiento de secreto profesional, el cual consiste en revelar, sin justa causa, secreto, que tuvo ciencia debido a su función, ministerio, oficio o profesión, y cuya revelación pueda ocasionar daño a otro. La pena establecida es de tres meses a un año de detención, o multa. Ante esto, el abogado puede y debe rehusar proporcionar informaciones sobre hechos que le hayan sido revelados por su cliente o que hayan llegado a su conocimiento por algún otro medio<sup>345</sup>.

El Estatuto de la Abogacía, en el apartado VII del art. 34, dice que constituye infracción disciplinar la violación, sin justa causa, de sigilo profesional. En este punto, la Orden de los Abogados de Brasil es muy rigurosa, puniendo los profesionales que comprobadamente infringieron la obligación de silencio.

La doctrina establece algunas hipótesis de supresión del citado deber<sup>346</sup>: a) cuando la revelación es esencial para permitir la elaboración de un parecer, informe u opinión por parte de un tercero, no siendo posible obtener de otro modo un resultado equivalente; b) cuando la revelación se limite a los hechos estrictamente necesarios; c) cuando los hechos revelados no son de carácter íntimo o reservado, de forma que no sea posible prever que el titular del secreto se opondría a su revelación; d) cuando existir garantía suficiente de que el tercero consultado no solo mantendrá secreto sobre los hechos, como también rehusará

---

<sup>345</sup> FERREIRA, 1991, p. 31.

<sup>346</sup> FERREIRA, 1991, p. 50.

prestar cualquier servicio a quien pueda beneficiarse de estos; e) cuando existir garantía de independencia del tercero, no estando este, personal o profesionalmente, ligado a la causa o a cuestiones que tengan cualquier conexión relevante con esta.

Cabe hablar también de la obligación de revelar hechos: corresponde al abogado el deber de notificar las autoridades competentes sobre el intento de su cliente de practicar una acción delictuosa, debido especialmente a la prevalencia del interés de la sociedad sobre el particular. Bajo el prisma de la relación profesional existirá siempre, a favor del abogado, la excusa del sigilo como elemento para evitar una eventual punición, desde que la revelación pueda ocasionar perjuicios al contratante y provocar la exposición del defensor.

Es necesario, de esta forma, cuando se abren excepciones, que exista justa causa para justificar la manifestación del abogado, pues sin ella prevalece el deber de conservar el sigilo acerca de los hechos que tomó conocimiento en el ejercicio de su profesión o con el pretexto de ejercerla. Se entiende como justa causa la necesidad de revelación en el interés del propio cliente, por ser esencial para su defensa. En lo que se relaciona a la presentación de casos para el debate académico o profesional, desde que se conserve el anonimato de las partes implicadas no existirá infracción al deber de sigilo.

El derecho a la preservación del secreto es, para el cliente, disponible, pudiendo este autorizar su divulgación. Caso fallezca, la facultad para consentir la apertura del sigilo es de los herederos. Si

el interesado abdicar del sigilo, el profesional no tendrá ninguna responsabilidad por la divulgación de las informaciones, tanto civil como penal o administrativa. Por otro lado, la autorización del cliente no obliga al abogado a revelar el secreto, y sí, apenas permite que este proceda de esta forma. El abogado puede, por motivos de conciencia o cualquier otra razón, rehusarse a presentar el contenido de los datos sigilosos.

No se aplica la perspectiva de conservación del secreto a las informaciones que el propio interesado ya hizo públicas, como también a los acontecimientos que por todos son conocidos debido a la divulgación hecha por terceros. Lo mismo ocurre con los hechos cuya existencia ya se demostró en juicio y con los eventos publicados en medios oficiales (registros, bancos de datos, etc.).

En la relación contractual establecida entre el abogado y el cliente existe un tipo de deber de fidelidad, que demanda del profesional una cautela muy específica en el trato de las cuestiones relativas a los intereses del contratante. En esto se incluye, obviamente, la preservación de datos personales obtenidos en virtud del mismo vínculo, y el incumplimiento de esa obligación acarrea consecuencias en plan de la responsabilidad civil<sup>347</sup>.

Caso no sea respetado el derecho del cliente a la preservación del secreto, el abogado responderá por los daños

---

<sup>347</sup> ACEDO PENCO (2007, p. 117) afirma: “Y la prestación de servicios como relación personal (*intuitu personae*) incluye el deber de cumplirlos, y un deber de fidelidad que deriva de la norma general del art. 1.258 del CC; ambos imponen al profesional la obligación de ejecución óptima del servicio contratado, que, a su vez, presupone la adecuada preparación para el desarrollo de la actividad encomendada, así como el cumplimiento correcto de ésta. De ello se desprende que si no se ejecuta, o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total, o el incumplimiento defectuoso de la obligación, que corresponde al susodicho profesional.”

materiales y morales ocasionados, además de someterse a las consecuencias administrativas y penales de su conducta. Cabe resaltar, una vez más, que la responsabilidad civil del abogado es subjetiva, existiendo solamente en los casos en que quede demostrada la culpa en la divulgación de las informaciones sigilosas<sup>348</sup>.

Mientras que la responsabilidad civil del abogado es subjetiva, la de los órganos públicos es objetiva, especialmente en lo relacionado a los actos de sus abogados y apoderados, conforme establece el art. 37, § 6º, de la Constitución Federal. Así, los daños que estos ocasionaren a otro serán reparados por el organismo público al cual están vinculados, excepto cuando quedar demostrada la presencia de alguna excluyente legal de la responsabilidad, como, por ejemplo, la culpa exclusiva de la víctima. Caso sea condenada a indemnizar los daños, la Administración Pública podrá demandar a los abogados o apoderados que actuaron mal, buscando recuperar los valores gastos. Todavía, quedará obligada a probar la culpa del agente, debido a la incidencia de la responsabilidad subjetiva en el momento del ejercicio del derecho regresivo.

Junto al deber de sigilo profesional, que obliga al abogado a no revelar a terceros los elementos y los datos colectados con el

---

<sup>348</sup> MOREO ARIZA (2007, p. 39) afirma que cabe al abogado respetar la confidencialidad de las informaciones recibidas en virtud del encargo recibido, y custodiar los elementos de prueba que el cliente coloca a disposición del profesional. Asevera también que conforme la doctrina general aplicable a las obligaciones de medios, cabrá al cliente probar la negligencia con que actuó el profesional, al contrario de lo que sucede con las obligaciones de resultado, pues en este caso es suficiente que se demuestre la existencia de la obligación y que el objetivo deseado no fue alcanzado, caso en que pasa a ser del abogado el deber legal de demostrar que actuó con la necesaria diligencia.

cliente, y que pueden ocasionar daños a este, están los deberes – del abogado – de explicar al cliente sobre los riesgos, problemas, dificultades, perspectivas y pronósticos relacionados con el tema que le fue confiado.

Cabe aseverar que el deber de informar puede configurarse como una obligación de medio o de resultado, conforme el caso concreto en cuestión. Si la información es la prestación principal, que el abogado debe facilitar al cliente, la obligación es de resultado. Es el caso, esencialmente, de los contratos que determinan la elaboración de un parecer por el profesional. En estos casos, y sin adentrar en la discusión sobre el tipo de deber que surge conforme el tenor del parecer propiamente dicho, es inequívoco el hecho de que recae sobre el agente un deber de resultado, cual sea, el de efectivamente elaborar un instrumento que sea mínimamente útil para el fin que pretende el requirente<sup>349</sup>. Caso no proceda de esta forma, responderá por los daños ocasionados por la falta de elaboración del parecer.

Es necesario un raciocinio distinto en el caso de que el deber de informar sea una prestación accesoria o colateral del abogado para con el cliente. Vía de regla, ese tipo de obligación es encontrada en los contratos de ejecución diferida en el tiempo, y también en aquellos que son fundamentalmente basados en la

---

<sup>349</sup> CRESPO MORA (2007, p. 153) enseña: “Resulta evidente que el abogado que asume el encargo de emitir un dictamen jurídico, al resultado al que se obliga es de tener preparado en el tiempo pactado un informe que reúna unas mínimas condiciones cualitativas de idoneidad y de exactitud; es decir, el abogado no estará obligado a asegurar la consecución de un ulterior resultado como sería la estimación de la pretensión hecha valer judicialmente sobre la base del mencionado dictamen. El autor del consejo no puede comprometer su infalibilidad.”

confianza; lo que engloba la gran parte de las relaciones establecidas entre el abogado y el cliente.

El deber accesorio de información puede tener un carácter complementar e incluso preliminar en relación a la prestación principal del abogado. Éste, antes de comprometerse con el desarrollo de una actividad procesal, deberá realizar un estudio previo estimando las probabilidades de éxito de la pretensión, aunque la actividad principal solamente tenga inicio con la interposición de la demanda o del recurso. De esto emana el deber del profesional de informar a su posible contratante todos los datos que sean necesarios para que este pueda decidir si contratará o no los servicios ofrecidos. En carácter previo a un litigio, el abogado debe informar al cliente, de forma fidedigna, todas las posibilidades relacionadas a su pretensión, informando acerca de una mayor o menor probabilidad de éxito, conforme la naturaleza y las circunstancias disponibles<sup>350</sup>.

En este contexto, aunque la actividad principal genere una obligación de medios, la imposición de que el abogado fornezca las informaciones iniciales, que integran el rol de deberes colaterales o anexos, es de resultado. Caso no las fornezca, el profesional deberá indemnizar los perjuicios que comprobadamente ocurrieren como consecuencia de esta omisión<sup>351</sup>.

---

<sup>350</sup> REGLERO CAMPOS, 2010, p. 26.

<sup>351</sup> CRESPO MORA (2007, p. 155), utilizando la doctrina relacionada a la materia, observa: “Habría parciales y fragmentarios resultados exigibles (sin que ello signifique que hay otros tantos contratos de obra) cuya ausencia servirá como clara pauta a la hora de probar el incumplimiento de la global obligación de actividad.”

La obligación de informar busca disminuir la distancia existente entre la parte contratante y el abogado en lo que se refiere al conocimiento jurídico. Mientras que el profesional sabe en detalles todo lo que sucede durante el desarrollo de las actividades destinadas a la satisfacción del interés del cliente, este, en gran parte de las veces, ignora por completo las particularidades de la abogacía.

De esto resulta la existencia de una diferencia que probablemente no sería superada si no fuese a través de la prestación de razonables informaciones al cliente. Vía de regla, la única fuente de la cual el contratante puede extraer datos confiables sobre el tema es la manifestación verbal del abogado, por medio de las consultas y contactos realizados con este<sup>352</sup>. También en los casos en que el cliente es conocedor del Derecho, o en que conozca aspectos jurídicos de la situación concretamente examinada, permanece intacto el deber de informar, pues es posible que el cliente no tenga la capacidad o conocimiento suficiente para comprender con la exactitud necesaria la materia en cuestión. Luego, el abogado debe prestar informaciones aunque la otra parte no haga ninguna indagación, o incluso cuando esta afirme, genéricamente, que sabe de lo que se trata.

Cuando una persona sin formación jurídica tiene que relacionarse con los Tribunales, se depara con una compleja

---

<sup>352</sup> CRESPO MORA (2007, p. 141) preconiza: “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 información es el resultado de la especial competencia técnica del deudor (el abogado) y de la evidente inexperiencia o 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.”

realidad. Así, la elección del abogado es el principio de una relación contractual basada en la confianza. Por esto se exige del profesional que emplee todos los conocimientos necesarios para la correcta solución del tema, debiendo también aplicar el mismo rigor en el ofrecimiento de la demanda y de los demás pedidos en general. El cliente tiene el derecho de saber sobre todo lo que es importante en el desarrollo de la actividad profesional contratado, incluso para que sea posible presentar, caso sean relevantes, hechos y argumentos que puedan auxiliar en la solución del tema. Ese derecho no alcanza necesariamente a todos los elementos de la demanda, pero ciertamente se extiende a los aspectos que, dentro de un contexto, deban ser conocidos por el tomador de los servicios<sup>353</sup>.

El incumplimiento de este deber de informar implica la responsabilidad civil del profesional, siempre que de ello derive la ocurrencia de daños, y que sea demostrado por el perjudicado el nexo de causalidad entre la falta de informaciones y el perjuicio experimentado<sup>354</sup>. Bajo este punto de vista, queda clara la circunstancia de que el cliente ve el abogado como un tipo de consejero. En general, por ser absolutamente lego, el que busca informaciones con el abogado necesita de una orientación extensa, amplia y profunda. En esto reside la importancia del deber de

---

<sup>353</sup> STS, n. 341, 16 de diciembre de 1996.

<sup>354</sup> CRESPO MORA (2007, p. 142) enseña: “Al tratarse de un deber del abogado impuesto por el contrato, la omisión o prestación defectuosa o incorrecta de la información, además de infringir el encargo recibido, será una fuente o causa de responsabilidad civil del abogado si de la misma se derivan consecuencias dañosas para el cliente. Se estará entonces ante la responsabilidad por informar, una manifestación más del progresivo abatimiento de los privilegios de los que han venido gozando los profesionales de nivel superior.”

información del profesional para con el cliente, tanto en los casos en que este busca subsidios para la celebración de un contrato, como en los casos en que se necesita dar inicio a una demanda judicial. Desde el primer contacto entre los personajes, hasta la conclusión de la actividad profesional, cabe al abogado cuidar de los intereses del contratante, haciendo todo lo que sea necesario para mantenerle informado sobre las especificidades del caso analizado.

Existe un entendimiento de que el abogado no asume apenas el deber de informar, pero también el de aconsejar, que sería más amplio que aquél; pues informar se relaciona con la presentación de datos relativos al tema presentado por el contratante al abogado, y aconsejar, por otro lado, implicaría indicar, además, los caminos más adecuados para llegar al mejor resultado posible en aquel contexto. Luego, se los consejos fornecidos acarrear la frustración de las expectativas del cliente, y son la causa de la ocurrencia de perjuicios, cabría al profesional indemnizar los referidos daños. Excepto, obviamente, cuando indicó uno entre diversos caminos posibles para la satisfacción de las necesidades del contratante, pues, en este caso, el abogado habrá actuado conforme la técnica de la profesión, o sea, de la *lex artis*, quedando inmune a la responsabilidad civil<sup>355</sup>.

---

<sup>355</sup> ANDRADE (2006, p. 22/23) enseña: “Se podría pensar que ese deber se equipara al de informar. Sin embargo, no es el caso. Es cierto que el abogado debe informar el cliente sobre el desarrollo del proceso y sobre otros datos que se relacionen con su problema. Pero, más que eso, de la misma forma con que Vigilio guía Dante en los círculos del infierno, cabe al profesional orientar el cliente en la verdadera selva oscura que es actualmente el ordenamiento jurídico. Un buen ejemplo de ese deber es el parecer. En el Derecho brasileño no hay jurisprudencia sobre el tema, pero el Derecho alemán ya decidió que el abogado que, mediante remuneración, emite un parecer a quien le consulta, responde por el perjuicio ocasionado por la inexactitud de sus consejos. Un parecer claramente desactualizado por la doctrina, por la ley o por la jurisprudencia, puede implicar la obligación de reparar el daño para el profesional que lo emite. Cabe al abogado, por lo tanto, advertir el cliente, pormenorizadamente, sobre la cuestión que le fue traída para

El mayor obstáculo a la pretensión de que sean reparados los daños ocasionados por la infracción del deber de informar es la dificultad existente en demostrar el nexo causal entre la omisión y el resultado. Eso porque no es rara la total ausencia de dicho nexo. Ejemplo de esto es la equivocada revelación, por parte del abogado, de un éxito procesal que en realidad no ocurrió. En este caso, la causa del fracaso no habrá sido la información equivocada prestada, sino la información incorrecta realizada por el abogado. Si además, la actitud del profesional ha provocado la supresión de una oportunidad a la que tendría derecho el cliente, será posible intentar la reparación de los daños por medio de la teoría de la pérdida de una chance<sup>356</sup>.

No obstante lo dicho, es necesario observar la necesidad de no extender en demasía el alcance de esta obligación de informar, pues, en caso contrario, la propia abogacía terminaría transformándose en una actividad de riesgo. La independencia y la autonomía del profesional no pueden dar lugar a un permanente estado de peligro, ya que la seguridad que el abogado necesita para actuar estaría comprometida. Ante esto, no es correcto exigir del abogado, por ejemplo, que informe a su cliente sobre áreas jurídicas que no se relacionan con la consulta o con la acción

---

examen. (...) En Alemania, se responsabilizó un abogado que no alertó su cliente sobre la posibilidad de prescribir un crédito, hecho que era el objeto específico de la consulta. Mismo el abogado habiendo presentado defensa, alegando, incluso, una decisión del Tribunal Supremo que afirma la no ocurrencia de la prescripción en un caso semejante, la decisión consideró que 'el abogado tiene el deber de informar el cliente, con el mayor detalle, de las posibilidades y circunstancias del tema que le fue sometido para análisis, con el objetivo de que el cliente adopte todas las medidas necesarias para la defensa de los intereses confiados a la pericia del profesional'. Obviamente, siempre es más fácil definir después del juicio definitivo, cual habría sido el 'consejo adecuado'. Por esto, es siempre conveniente que el abogado explique de la forma más precisa a su cliente las distintas soluciones que pueden ocurrir."

<sup>356</sup> CRESPO MORA, 2007, p. 400.

original. En dicho contexto, la exigencia de este procedimiento impondría al abogado una obligación extraña a las que regulan el vínculo establecido con el cliente<sup>357</sup>.

En lo que se relaciona a la naturaleza de los daños ocasionados por el incumplimiento del deber de informar, cabe mencionar que estos pueden ser tanto patrimoniales como extrapatrimoniales. Caso el abogado oriente su cliente con informaciones falsas, erróneas o deficientes, estará abierto el camino para que existan daños patrimoniales, pues la persona podrá ser influenciada a realizar gastos financieros desnecesarios, como, por ejemplo, en la hipótesis de que celebre un contrato generador de perjuicios o decida iniciar una demanda claramente ineficaz.

Si el abogado fornece los datos mínimos e indispensables y aconseja al cliente, que toma la decisión final debidamente amparado por estos elementos, no existirá la responsabilidad del

---

<sup>357</sup> En sentido contrario, a STS de 14 de mayo de 1999 (RJ 3106), así decidió: “Pues bien, aun cuando no constase que el citado letrado hubiese asumido una obligación genérica de defender los intereses del matrimonio actor en toda clase de procedimientos al haber sido designado en un apoderamiento ‘apud acta’ en punto a la defensa en las concretas diligencias penales en que decidieron personarse, no cabe duda alguna de que en la carta que les dirigió en la fecha 6 de febrero, no debió haberse limitado a aconsejar que no merecía la pena recurrir el auto de sobreseimiento de las referidas actuaciones penales, en cuanto que en buena técnica jurídica y en cumplimiento del deber de confianza que en él habían depositado sus clientes y a tenor de las diligencias correspondientes al buen padre de familia que impone el artículo 1.104 del CC, tendría que haber extendido el consejo a las posibilidades de defensa de una reclamación en el orden civil por culpa contractual o extracontractual, y a la conveniencia de mantener una entrevista inmediata con el matrimonio para explicarle con detalle el alcance y significado de tales posibilidades, proceder el así indicado que, indudablemente, se habría acomodado al correcto y normal cumplimiento de las obligaciones deontológicas inherentes al ejercicio de la abogacía rectamente entendidas, y sin que sea factible exculpar el proceder enjuiciado por las circunstancias de que los clientes no hubiesen solicitado al señor letrado les informase acerca de otras posibilidades de satisfacer sus pretensiones y de que en una entrevista celebrada en fecha muy posterior, en junio de 1993, les indicase aquél ‘que quedaba la acción civil’, pues esas circunstancias carecen de relevancia respecto a desvirtuar la omisión inicial en que incurrió en la carta de referencia.”

profesional, ni daños a reparar. Eso porque la elección del camino seguido será tomada por la libre convicción del cliente, no siendo posible que este exija de otro una indemnización por los perjuicios soportados<sup>358</sup>.

El abogado podrá ser responsabilizado también en el caso en que no exista ningún daño económico, pues pueden existir daños morales, siempre que la situación presente la gravedad suficiente para evidenciar al juzgador que el cliente sufrió una depreciación de índole exclusivamente psíquica debido a la conducta del profesional. Por fin, cabe mencionar que si no existieren daños debido a la falta de información, tanto económicos como morales, lógicamente no existirá obligación de reparar, como, por ejemplo, cuando el abogado deja de decir a su cliente que el proceso será juzgado en breve, y de esto no resulte ningún tipo de perjuicio.

El deber de información en Brasil está explicitado en el Código de Defensa del Consumidor en su art. 6º , III, que preceptúa que es un derecho básico del consumidor “la información adecuada y clara sobre los distintos productos y servicios, con la correcta especificación de la cantidad, características, composición, calidad y precio, como también sobre los riesgos que presentan”. Por lo demás, aunque no existiese una norma específica consagrando el aludido derecho, lo cierto es que el *principio de la buena fe objetiva*, regulado en el art. 422 del Código Civil, que se aplica tanto en el momento de la celebración del pacto como a lo largo de su ejecución, ya serviría de fundamento para la defensa de los

---

<sup>358</sup> SINDE-MONTEIRO, 1989, p. 587.

intereses del cliente contra el abogado que deja de aconsejar e informar adecuadamente al contratante sobre las particularidades de la causa concreta. La citada norma tiene la siguiente redacción: “Los contratantes son obligados a resguardar, tanto en la conclusión del contrato como en su ejecución, los principios de probidad y buena fe.”

El deber de información, en lo que se relaciona a la relación contractual entre el abogado y el cliente, es más amplio que el que es verificado en otros vínculos de consumo, debido al tipo de actividad desarrollada, que es, por sí misma, compleja y de difícil comprensión por los legos<sup>359</sup>. Para poder eximirse de la referida obligación, el abogado necesita tener especial diligencia, certificándose que el contratante está perfectamente informado sobre las iniciativas jurídicas y sobre lo que estas representan, siempre que el desarrollo del proceso empiece una nueva etapa esencial para sus intereses<sup>360</sup>.

Antes de asumir la causa, el abogado necesita estudiar con detalle los temas que le fueron presentados<sup>361</sup>. El deber de informar

---

<sup>359</sup> CRESPO MORA (2007, p. 400) afirma acerca de la materia: “Ello es debido a que, en estos casos, no hay un *alea* o una probabilidad, elemento que constituye un componente imprescindible en los supuestos de pérdida de oportunidad. En los casos de omisión de información defectuosa, el evento beneficioso que tenía probabilidades de producirse (*v.gr.*, firma de un contrato, conclusión de un negocio) no es realmente aleatorio, sino que depende únicamente de la voluntad del acreedor de la información.”

<sup>360</sup> MARTÍ MARTÍ, 2006, p. 56.

<sup>361</sup> YÁGÜEZ (2007, p. 35) afirma: “La obligación genérica indicada que impone al abogado atenerse a las exigencias técnicas, deontológicas y morales adecuadas al caso encomendado, incluye la de ofrecer a sus clientes la información necesaria para que los mismos, con conocimiento de causa, puedan optar por una u otra actuación o por abandonar cualquier pretensión indemnizatoria, debiendo por tanto informar de pros y contras, riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costas, gravedad de la situación, probabilidad de éxito o fracaso, lealtad y honestidad en el desempeño del encargo, respeto y observancia escrupulosa de las leyes procesales, y cómo no, aplicación al problema de los indispensables conocimientos de la Ley y del Derecho. Por tanto, la primera obligación del abogado debe consistir en facilitar a sus clientes completa información, y cumplido este deber, articular la demanda y la fase

el cliente implica, desde el principio, la rehusa de todos los encargos que estén fuera del alcance de sus conocimientos, o para los cuales verifique no tener suficiente experiencia. Tras ser superada esta fase, tendrá que explicar al cliente cuales son los riesgos y posibles problemas que se relacionan con la actuación buscada<sup>362</sup>.

Esa obligación de esclarecer continuará existiendo, y con la misma amplitud, durante el desarrollo de la actividad, pues el contratante tiene el derecho de saber cómo están los trabajos, cuáles fueron las dificultades encontradas, los rumbos que siguió el patrono, etc.. Es también muy relevante que el abogado informe al cliente sobre los recursos que tiene intención de interponer, incluso para que el titular del interés pueda rehusar que se prosiga con la demanda o impedir que se tome una determinada providencia<sup>363</sup>.

---

probatoria del proceso de manera que la tesis pudiera ser razonablemente defendida. Respecto al deber de información en el sentido amplio explicado, si bien los actores no prueban que el mismo no se produjera, es evidente que un hecho negativo es de difícil probanza, por lo que el demandado debió intentar siquiera rebatir la pretensión de la demanda con pruebas que pusieran de manifiesto o al menos que permitieran estimar verosímil la afirmación de que el deber de información había sido cumplido.”

<sup>362</sup> En la STS de 14 de mayo de 1999 (RJ 3106), fue proferida una ejemplar decisión sobre una situación que en el abogado informó a sus clientes, padres de un joven que había fallecido ahogado, que las diligencias previas del Poder Judicial habían sido archivadas, sin decirles que podrían iniciar una demanda civil de responsabilidad, la cual terminó prescripta: “La conducta del abogado ha producido un daño objetivo, impidiendo el ejercicio de una acción legítima y adecuada a las circunstancias del caso, sin que sean atendibles especulaciones en torno a si pudiera existir una responsabilidad, contractual, o no, en la conducta de los propietarios de las piscinas, y un abogado, para cumplir los requisitos de diligencia especial hacia sus clientes, debe cerciorarse de que sus clientes están perfectamente informados, cada vez que los avatares procesales abren una nueva etapa esencial para sus intereses, de lo que ello implica o a los mismos pudiera afectar. El comportamiento que ha quedado explicado vino a suponer un quebrantamiento, por vía omisiva, en la observancia de los deberes y obligaciones profesionales que incumbían al letrado, siendo indudable que ello representó una conducta negligente por omisión.”

<sup>363</sup> En la SAP de Barcelona de 06 de septiembre de 2002 (JUR 275680), fue proferida la siguiente sentencia: “La obligación genérica indicada que impone al abogado atenerse a las exigencias técnicas, deontológicas y morales adecuadas al caso encomendado, incluye la de ofrecer a sus clientes la información necesaria para que los mismos, con conocimiento de causa, puedan optar por una u otra actuación o por abandonar cualquier pretensión indemnizatoria, debiendo por tanto, como recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2001, ‘informar de pros y contras, riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costas, gravedad de la situación, probabilidad de éxito o fracaso,

De cualquier forma, es innegable que la formulación precontractual es un elemento fundamental para el relacionamiento entre el cliente y el profesional de la abogacía. Solamente a partir del repase de todos los datos que engloban el tema de interés del contratante, es que este podrá dar el denominado *consentimiento informado*. Este fenómeno se traduce en el deseo del titular del derecho de no proseguir con su pretensión debido a la realidad que le fue presentada por el abogado, evitando al máximo externar su voluntad debido a la escasez de informaciones decisivas y esenciales sobre el tema. Cuando se impone al abogado el deber de informar, lo que, en verdad, se busca es proteger el consumidor de eventuales ocultaciones de elementos que son esenciales al asunto en cuestión, caso en que este podría emitir un consentimiento repleto de riesgos para sus propios intereses<sup>364</sup>.

En Italia, el deber de información también integra el rol de imposiciones que recaen sobre el abogado, debido, especialmente, a la naturaleza *intuitu personae* del pacto y de la relación de confianza que se establece entre el cliente y el abogado. El art.

---

lealtad y honestidad en el desempeño del encargo, respeto y observancia escrupulosa de las leyes procesales, y cómo no, aplicación al problema de los indispensables conocimientos de la Ley y el Derecho.”

<sup>364</sup> ALVES TADEU (2006, p. 254 e 268) trata de la cuestión afirmando que el punto principal es la información precontractual, la cual se configura como una característica esencial para determinar un consentimiento informado; es decir, trata de la protección de consentimiento del consumidor o del contratante, de forma que las informaciones facilitadas deben incidir en todos los aspectos relevantes de su decisión, incluyendo también las que pueden llevar al interesado, que tiene un mínimo de discernimiento para saber si contrata o no conforme los términos ofrecidos, a no seguir con el pretendido negocio. (...) Orti Vallejo, siguiendo la mayoría de la doctrina francesa, insiste, al referirse a la obligación precontractual de información, que ella tiene por objeto facilitar al futuro contratante las informaciones que son susceptibles de ejercer alguna influencia sobre su consentimiento. Así, el principal fundamento tiene varios matices, como la función preventiva, la disminución de posibles riesgos que el contrato o servicio pueda ocasionar, evitar vicios en el consentimiento (error, dolo), como también compensar el desequilibrio inicial de la relación.

1.337 del Código Civil italiano determina que las partes deben portarse conforme los preceptos de la buena fe en la formación del contrato: *“Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto devono comportarsi secondo buona fede”*. Queda evidente que el ordenamiento jurídico italiano también pretende atribuir al abogado la obligación de informar adecuadamente la persona que le consulta. Más que eso, impone que el abogado informe de manera diligente, empleando todo el esfuerzo que tendría, caso fuera contratado, para manejar todos los demás aspectos que engloban el interés del tomador de los préstamos.

## **6.2 Prescripción o decadencia por inercia del abogado**

Si el cliente contrató el abogado para que iniciase una determinada demanda y le forneció los elementos necesarios para esta actividad (documentación, valor de los costes, etc.), la inercia del profesional puede generar responsabilidad civil<sup>365</sup>. Este cuadro ocurre en el caso en que no se inicia la demanda dentro del plazo, evitando la prescripción de la acción o la decadencia del derecho<sup>366</sup>.

---

<sup>365</sup> STS de 25 de junio de 1998, n° 609.

<sup>366</sup> YÁGÜEZ (2007, p. 60) dice: “El tribunal puede llegar a la conclusión de que el daño del cliente fue la totalidad del interés que él tenía en juego en el asunto. Si, por ejemplo, el órgano judicial partiera de la consideración de que, de no haber sido por la culpa del abogado, toda la pretensión del cliente habría hallado éxito. A este modo de resolver se acomodarían, sobre todo, los casos que se han dado en llamar culpa de agenda, es decir, acciones que prescriben o caducan por causa imputable al abogado, o recursos que caducan (o, en general, son objeto de inadmisión) también por causa imputable al letrado. Podrían tener cabida aquí, también, reclamaciones en las que lo que se advierte en la conducta del abogado es una flagrante ignorancia de normas, principios o, en general, conocimientos de los que se supone que el abogado debe ser conocedor, precisamente por su condición de profesional del Derecho.”

El pasar del tiempo influye de forma considerable en la perspectiva de constitución de las demandas en general, de forma que el titular necesita ejercer la prerrogativa de iniciar la acción dentro del plazo previsto en ley.

La inercia del abogado, dejando pasar extensos períodos sin que adopte las providencias necesarias para proteger los intereses del cliente, configura falta de diligencia<sup>367</sup>. Eso no sucede solamente en los casos en que ocurre la prescripción o la decadencia, y sí, siempre que el cumplimiento tardío de las obligaciones, el extravío de documentos que genere morosidad o cualquier otra forma de retardo atribuible al profesional genere perjuicios al contratante.

Si el abogado no tomar las medidas imprescindibles para asegurar la efectividad de la actuación, incumplirá los deberes asumidos para con el cliente<sup>368</sup>. En fin, el cliente cree que su causa tendrá éxito, y que el abogado empleó todos sus conocimientos técnicos, actuando con pericia en el desarrollo de sus funciones, observando las reglas del derecho y adecuándolas al caso concreto<sup>369</sup>. Aunque las obligaciones no sean de resultado, y sí de medios, y siempre que, en la práctica, estos no se adecuren a las exigencias técnicas mínimas de la profesión, habrá incumplimiento por parte del agente y la consecuente imposición de reparar los daños. Estos, tanto si son materiales o patrimoniales, podrán ser determinados a partir de un juicio de probabilidad acerca del

---

<sup>367</sup> STS de 09 de julio de 2004 (RJ 5121), que presenta posición mayoritaria de los tribunales españoles.

<sup>368</sup> STS de 12 de diciembre de 2003, RCDI 681, p. 373.

<sup>369</sup> TEJEDOR MUÑOZ, 2003, p. 372.

potencial de viabilidad que tendría la demanda caso hubiese sido correctamente iniciada<sup>370</sup>. En el caso de que esa operación no sea posible, la única solución razonable es la de determinar la ocurrencia de daños morales, desde que las circunstancias del caso indiquen que estos son resultado de la omisión del abogado<sup>371</sup>.

La alegación del abogado de que se dedicó a trámites de naturaleza extrajudicial muy morosos en la búsqueda de una solución más ágil y eficaz no debilita la situación antes presentada, ya que es parte del conjunto de habilidades del abogado la capacidad de percibir el momento en que se agotan las posibilidades extrajudiciales y pasa a ser necesaria la incursión en el ámbito judicial, especialmente en los casos en que se aproxima el día de la prescripción o de la decadencia<sup>372</sup>. Es necesario que actúe

---

<sup>370</sup> YÁGÜEZ (2007, p. 62) afirma: “No veo inconveniente en que un órgano judicial, practicando el “juicio dentro del juicio”, determine qué resultado habrían podido tener la demanda presentada fuera de plazo o el recurso cuyo plazo ha vencido también. Y esto, incluso tratándose de acciones o recursos de un orden jurisdiccional no civil. Téngase presente que no pocas veces un tribunal tiene que resolver también sobre la base de lo que habría ocurrido, pero no en relación con una “incógnita jurídica”, que para un órgano judicial es, por así decirlo, menos incógnita, sino sobre acontecimientos ajenos al mundo del derecho. (...) El razonamiento sobre la “prosperabilidad” puede llevar al juzgador, por un extremo, a la conclusión de la evidente inviabilidad de una acción prescrita, y por el otro a la probabilidad rayana en la certeza (en ocasiones, certeza de verdad) de que la acción habría prosperado.”

<sup>371</sup> YÁGÜEZ (2007, p. 68) observa: “Puede ocurrir, sin embargo, e incluso cabe pensar que así será en la mayoría de los casos, que esos “claros desenlaces” no sean vistos así por el tribunal que juzga sobre la responsabilidad del abogado, situación en la que el órgano judicial puede recurrir (y así lo hace muchas veces, como veremos) al argumento del daño moral. Este criterio para resolver me parece más evanescente que el del juicio de prosperabilidad. Pero, además, me inclino a pensar que cuando un órgano judicial indemniza al cliente por el daño moral de no haber recibido una respuesta judicial a su pretensión, en el fondo -a la hora de determinar cuánto vale ese daño moral- está teniendo presente, aunque no lo declare, el “imaginado” grado de probabilidad de éxito de la pretensión frustrada.”

<sup>372</sup> Aunque fueran ciertas las gestiones extrajudiciales en las que el demandado funda el retraso de la actuación judicial (extremo no acreditado), ello no justificaría el abandono de las acciones ejecutivas, al constituir éstas la garantía más eficaz para el logro de los fines perseguidos. No obstante, resulta ilógica la actitud imputada al actor, pues si efectivamente no se proponía ejercer acciones judiciales, resulta incomprensible el otorgamiento de poderes y el intento de nuevas gestiones extrajudiciales cuando ya resultaron infructuosas las primeramente efectuadas, que culminaron en la suscripción de un documento privado de reconocimiento de deuda totalmente incumplido (Tribunal Supremo da España, Sentencia n. 728/2007).

de forma con que evite la prescripción, siempre que esto esté dentro de su alcance<sup>373</sup>.

Si la prescripción extintiva de la pretensión y la consecuente pérdida del derecho ocurren debido a la morosidad del abogado al cual el titular confiara la misión de preservar los intereses en litigio, es indiscutible la responsabilidad del profesional que ocasionó el evento. Eso ocurre porque debido a su inercia, que podría haber sido evitada por la adopción de medidas judiciales que evitarían la prescripción, resultaron daños al contratante.

Debido a esto, la eventual omisión del abogado, que implique la pérdida de la oportunidad de reclamar en juicio la pretensión, acarreará la responsabilidad del profesional por pérdidas y daños. Esto porque debido a su conducta, no se interrumpió el cómputo de los plazos, lo que, sin dudas, es una fuente potencial de perjuicios<sup>374</sup>.

Es necesario suscitar la posibilidad de que la prescripción de la pretensión y la decadencia del derecho, tras consumadas, puedan ser examinadas bajo la óptica de la pérdida de una chance, ya que es innegable que cuando el cliente es afectado por cualquier de estos institutos, pierde la oportunidad de presentar ante un

---

<sup>373</sup> A STS de 16 de diciembre de 1996, n. 1066, RJ 8971, afirmó la responsabilidad civil del abogado que dejó transcurrir el plazo de un año sin presentar un requerimiento que habría interrumpido la prescripción de la acción por culpa extrapatrimonial; y que continuó con la demanda, a pesar de ya estar prescrita la acción, sin alertar su cliente sobre la inutilidad de la pretensión realizada.

<sup>374</sup> REPRESAS (1978, p. 187) se pronuncia en este sentido: “Si la prescripción extintiva y la consecuente pérdida del derecho de su titular resultan de la inercia o retardo del abogado a quien se incumbe, en tiempo, el enjuiciamiento de la acción, u otras medidas judiciales aptas a la finalidad interruptora; sin duda este deberá ser civilmente responsable, ante su cliente, por el perjuicio que le cause esa conducta.”

tribunal los elementos necesarios para la defensa de sus derechos<sup>375</sup>. Es posible percibir, aquí, la presencia de elementos que configuran la pérdida de una chance, los que, si asociados a la prueba de la culpa del profesional, pueden generar la responsabilidad civil de este, obligándole a indemnizar los daños ocasionados.

Si en el momento en que es consultado por el cliente no había más ninguna posibilidad de actuar, debido a la prescripción o decadencia, el profesional, por una cuestión de ética, debe abstenerse de iniciar la demanda. Si actuar en sentido contrario, responderá civilmente. Lo mismo ocurre cuando el abogado, conociendo el cuadro jurídico formado, lleva al cliente a querer proponer una demanda notoriamente temeraria o ya destinada al completo fracaso, como en los casos en que ya ocurrió la prescripción o la decadencia<sup>376</sup>. No se podrá reclamar nada del profesional, todavía, si el retardo del inicio de la demanda se dio debido al desinterés o morosidad del propio cliente, cabiendo, en este caso, al abogado probar este hecho y así evitar una eventual pretensión reparadora.

El abogado tampoco es responsabilizado en el caso en que necesita de un cierto tiempo para analizar los documentos

---

375 En el juicio de apelación n° 2006.000199-0, en 28.03.2006, el Tribunal de Justicia del Estado do Rio Grande do Sul así se pronunció: Es pacífico el entendimiento de que la obligación del abogado es de medio y no de resultado. Sin embargo, si se verifica una actuación desidiosa del abogado en el desarrollo de su función en la defensa de los intereses de sus clientes, que culmine en la pérdida de la chance de discutir sus derechos, se impone que se condene el patrono a resarcir los daños materiales ocasionados, pues se constituye la pérdida de una chance en la modalidad de indemnización, que se sitúa entre los lucros cesantes y los daños emergentes. La cuantía debe corresponder al valor económico del derecho culposamente desperdiciado, que es más que una simple expectativa de derecho, el cual debe ser apurado en la fase de liquidación de sentencia, conforme las peculiaridades de cada caso en concreto.

<sup>376</sup> AGUIAR DIAS, 1994, p. 322.

fornecidos por el cliente con el objetivo de conocer mejor la situación en cuestión, y en este período sobreviene la prescripción o la decadencia. No se puede exigir del abogado que inicie un pleito en el mismo día en que estableció el primer contacto con el cliente, o que proceda, de forma temeraria, sin analizar las particularidades del tema. Su responsabilidad civil depende, por lo tanto, de prueba – de responsabilidad del contratante – de que existió una pérdida culposa del plazo.

Si se confirma la existencia de responsabilidad civil del abogado en una acción iniciada por su cliente, la cuantificación de la pretensión no será reflejo, necesariamente de la estimativa de la pretensión frustrada. Será necesario, para que se alcance una solución justa, analizar y determinar la probabilidad de éxito de la demanda pretendida por el contratante<sup>377</sup>. Cuanto más probable el éxito de la demanda, examinado desde este punto de vista abstracto de plausibilidad, menos distante, en relación al valor económico de la pretensión, quedará en *quantum debeatur*<sup>378</sup>.

---

<sup>377</sup> La STS de 16 de diciembre de 1996, n. 1066, RJ 8971, afirmó que es necesario un juicio de probabilidad de éxito de la acción, estimando la viabilidad teórica que tendría si el abogado hubiera actuado conforme él esperaba. La determinación de valor de la condena puede ser realizada en la liquidación de la sentencia, pero solamente en el caso de de no ser posible cuantificarla durante el proceso.

<sup>378</sup> CRESPO MORA (2007, p. 358) afirma: “Aunque es innegable que el cliente del abogado posee o cree poseer una pretensión de carácter patrimonial – v.gr., reclamación de cantidad – o extrapatrimonial – v.gr., reclamación de paternidad, acciones de separación o divorcio -, parece evidente que, por regla general, el daño no puede identificarse con la falta de obtención de esa pretensión reclamada o, en ámbito judicial, con la privación de una sentencia favorable a sus intereses (esto es, con la falta de obtención de la ventaja o beneficios esperados), ya que se trata de daños inciertos e hipotéticos. (...) Es cierto que el pleito incoado podría haberse ganado, pero también lo es que podría haberse perdido.”

### **6.3 Incumplimiento de obligaciones procesales stricto sensu**

El abogado necesita, como técnico en el ámbito del derecho, liberarse de las tareas inherentes a la actividad procesal, caracterizadas como los requisitos mínimos que deben ser adoptados para la regular protección judicial de los intereses de su contratante. No se admite, por ejemplo, que provoque la inmediata repulsa de la demanda por inepticia de la petición inicial. Las hipótesis de rechazo están previstas en el art 295 del Código de Proceso Civil, y, a no ser que existan circunstancias que puedan ser atribuidas a la propia parte o a terceros, el abogado tendrá grandes dificultades para justificar la adopción de dicha providencia por parte del juzgador.

Por supuesto que el acto del juez que rechaza la referida petición no genera inmediatamente el deber de indemnizar, pues, para esto, es necesario que se constate la existencia de daños. De esta forma, la oportunidad de enmendar su contenido, en los casos en que esto sea posible (art. 284 del Código Procesal Civil), impedirá la producción de perjuicios al contratante, desde que con esto no se impida la normal tramitación de la demanda propuesta.

Conforme determina el art. 295 del Código Procesal brasileño, la petición inicial será rechazada: I – cuando inepta; II – cuando la parte es manifiestamente ilegítima; III – cuando el autor carece de interés procesal; IV – cuando el juez verificar, desde luego, la decadencia o la prescripción (art. 219, § 5º); V – cuando el tipo de procedimiento elegido por el autor no corresponder a la naturaleza de la causa o al valor de la acción, solo no siendo rechazada en el

caso de que pueda adaptarse al tipo de procedimiento legal; VI – cuando no son atendidas las prescripciones de los art. 39, párrafo único, primera parte, y 284. El párrafo único del mencionado artículo esclarece que se considera inepta la petición inicial cuando: I – falte el pedido o la causa de pedir; II – de la narración de los hechos no derivar lógicamente la conclusión: III - el pedido sea jurídicamente imposible; IV – existir pedidos incompatibles entre sí.

Se percibe, en los casos citados, la extrema importancia de la figura del abogado en el momento de apreciar la viabilidad de la demanda, especialmente en lo que se relaciona a los elementos básicos necesarios para su inicio. Luego, es posible que el profesional ocasione perjuicios debido al rechazo de la petición (por ejemplo, por los costes que tuvo el cliente para iniciar una acción que ya nació muerta). Por este motivo, es que el profesional estará obligado a indemnizar los daños que se originen debido a su culpa.

Suponiéndose que el abogado cometa un error al iniciar una demanda, pero que de esto no resulte ningún daño, este nada deberá reparar. Es el caso, por ejemplo, del aprovechamiento del trabajo, con procesamiento de la acción, debido a la aplicación del principio de la fungibilidad de las demandas. Eso significa que al recibir una determinada acción, el juez podrá considerarla como si fuera otra, pues la ley le autoriza a proceder de esta forma. Esto ocurre, en gran parte de las veces, con las acciones posesorias, pues el art. 920 del Código Procesal Civil admite la fungibilidad.

En verdad, incumbe al autor de la acción el deber procesal de presentar los elementos de su pretensión, especialmente los

relacionados a los hechos verificados en el caso concreto. Por otro lado, es del juez la misión de indicar el derecho aplicable al caso. Aunque la parte haya indicado incorrectamente el nombre de la acción, el magistrado podrá, cuando no esté impedido por ley, adecuar la tramitación a la real naturaleza de la demanda.

Ese panorama, todavía, no implica la admisión indiscriminada del principio de fungibilidad, pues, si cabe al autor informar los hechos y al juez pronunciar el derecho, la verdad es que el autor debe encaminar su pedido a través del vehículo procesal adecuado. Si no actúa de esta manera, ni tampoco existe una previsión legal sobre la posibilidad de fungibilidad en aquel contexto específico, la petición inicial restará rechazada y el proceso será concluido sin declaración sobre el fondo. Caso resulten perjuicios, el abogado deberá indemnizar el cliente. Se podrá contornear la situación con un nuevo proceso, de esta vez adecuado, caso aún exista tiempo y estén presentes las demás condiciones determinadas por ley.

No se exige del abogado que entregue a su cliente, como conclusión, la procedencia de su pretensión, pues esta no es la naturaleza de las obligaciones que asume. Es suficiente con que utilice los mecanismos necesarios para conducir la demanda de su cliente de un modo regular y normal. Vencer o perder es circunstancial y depende de un conjunto de factores que no están ligados al querer, y, en gran parte de las veces, a la calidad de la actuación. No se puede extraer del fracaso procesal cualquier presunción de culpabilidad del abogado, y mucho menos determinar

que este pruebe que su actuación fue correcta. Cabe al cliente probar la negligencia del abogado<sup>379</sup>.

## **6.4 Incumplimiento de deberes laterales, anexos, éticos y procesales.**

Al mismo tiempo en que el abogado asume obligaciones consideradas principales, que se relacionan con el núcleo del interés de su cliente, surgen para el abogado deberes que se denominan laterales o anexos, pues orbitan el núcleo y de él no se separan. Existen independientemente de cualquier previsión contractual, pues a partir de su estricta observancia el abogado puede liberarse de sus obligaciones ante el contratante<sup>380</sup>.

En este sentido, el Derecho español tiene la misma configuración que el brasileño, definiendo que el profesional asume conjuntamente con las obligaciones primarias, inherentes a la relación jurídica establecida, otras de índole secundaria o lateral. Ellas no son menos importantes, y justificando el lenguaje técnico que las define como anexas, no integran el rol de deberes propios de una relación específica, pero sí, constituyen un aparato adicional de seguridad y garantía al tomador de los servicios.

---

<sup>379</sup> STS de 03 de octubre de 1998, nº 1479, RJ 8587.

<sup>380</sup> CRESPO MORA (2006, p. 58), a propósito, enseña: “Junto a los errores derivados de la actividad forense del abogado –los primeros que llamaron la atención de nuestros tribunales–, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo hace derivar también la responsabilidad civil del letrado del incumplimiento de determinados deberes accesorios que acompañan a la prestación principal comprometida, como pueden ser, entre otros, el incumplimiento de la obligación de información o del deber de no revelar los secretos confiados por el cliente.”

Independientemente de cuál sea la obligación principal contraída por el abogado, para su adecuada ejecución, será necesario que el profesional también atienda otros deberes, considerados accesorios. En general, dichas imposiciones no están plasmadas en el contrato celebrado entre las partes. A todo esto, se agrega el hecho de que tampoco hay normas legales que disciplinan y determinan exhaustivamente estos deberes laterales. La tarea de identificarlos es, por lo tanto, de la jurisprudencia<sup>381</sup>.

Los deberes laterales y afines son una consecuencia natural de la contratación, estando presentes en todas las relaciones contractuales, en mayor o menor escala, variando conforme la especie concretamente tratada. Cabe decir, que los elementos catalizadores de estas obligaciones ya empiezan a ser definidos incluso antes de la celebración del pacto. En el caso de la actividad de abogacía, por ejemplo, incluso la publicidad realizada por el profesional interfiere en la identificación de los deberes asumidos en la futura contratación. La publicidad no puede afrontar la cláusula general de la buena fe y tampoco vulnerar los deberes deontológicos relacionados con el ejercicio de la profesión.

Conforme la doctrina española, fundada en las normas que regulan el tema, la naturaleza *intuitu personae* del contrato de arrendamiento de servicios trae como consecuencia el surgimiento de las obligaciones de corrección y buena fe, ya que la esencia de la relación no se agota con la simple aplicación de la *lex artis*. Algunos autores afirman, incluso, que se trata de deberes

---

<sup>381</sup> CRESPO MORA, 2006, p. 265.

contractuales y no meramente anexos o laterales, ya aun siendo autónomos, no dejan de caracterizar exigencias de naturaleza contractual<sup>382</sup>.

Debido al hecho de que el cliente se encuentra en una teórica inferioridad de condiciones, se ha llegado a afirmar que el abogado, cuando incumple los deberes inherentes a la relación contractual, estaría sometido a los efectos de la responsabilidad civil objetiva, quedando para un según plan el análisis de la diligencia del profesional al tratar de los intereses ajenos<sup>383</sup>. Esa postura, sin embargo, ya no encuentra respaldo técnico, cabiendo resaltar apenas su utilidad de ilustrar la severidad de los deberes del profesional de la ciencia jurídica, ya que afronta directamente las normas vigentes.

La legislación procesal brasileña, en los arts. 14 a 18, 600 y 601, impone a las partes, a los apoderados y a todos que actúan en la demanda, el deber de atender las obligaciones de naturaleza ética relacionadas con su actuación en juicio. Eso ocurre no solamente debido a la necesidad de los litigantes mantener una postura digna y leal entre sí, pero también como forma de respeto a las instituciones judiciales y a la seguridad de las relaciones interpersonales. Si no respeta esa gama de imposiciones, la parte responderá en la exacta medida que la ley prevé, cabiendo resaltar que el propio abogado se somete a penalidades en determinadas situaciones legalmente estatuidas.

---

<sup>382</sup> YZQUIERDO TOLSADA, 1989, p. 237.

<sup>383</sup> YZQUIERDO TOLSADA, 1989, p. 239.

El art. 14 del Código Procesal Civil preconiza que son deberes de las partes y de todos los que de alguna forma participan del proceso: *I – Exponer los hechos en juicio conforme la verdad; II – proceder con lealtad y buena fe; III – no formular pretensiones ni alegar defensa, si se sabe que no tienen fundamento; IV – no producir pruebas y ni practicar actos inútiles o desnecesarios para la declaración o defensa del derecho; V – Cumplir con exactitud las determinaciones legales y no crear obstáculos a la realización de las determinaciones judiciales, de naturaleza anticipatoria o final.* El párrafo único dice: *“Con excepción de los abogados, los cuales se someten exclusivamente a los estatutos de la OAB, la violación del inciso V de este artículo constituye acto atentatorio al ejercicio de la jurisdicción, cabiendo al juez, sin perjuicio de las sanciones criminales, civiles y procesales, aplicar al responsable multa, en un valor a ser determinado conforme la gravedad de la conducta y no superior a veinte por ciento del valor de la causa; si no es pagada en el plazo establecido, contado del momento en que la decisión adquirió fuerza de cosa juzgada, la multa será inscripta siempre como deuda activa de la Unión o del Estado”.*

El contenido del párrafo único deja claro que el juez no puede aplicar sanciones al abogado, pues la evaluación de la conducta del profesional es función de la Orden de los Abogados del Brasil. Eso no significa, obviamente, que no pueda existir una demanda del perjudicado contra el abogado que actuó de manera ilegal, pues el derecho de acceder al Poder Judicial, para debatir cuestiones de esta naturaleza, es universal. Del dispositivo recién mencionado,

como se puede percibir, resulta totalmente inviable la punición del abogado por el juez, basándose en la afirmación de la práctica de cualquier de los actos previstos en la norma. Solamente los demás personajes del proceso (peritos, administradores judiciales, etc.) es que podrán ser sometidos a las aludidas sanciones.

No obstante, el abogado es obligado a proceder con ética y lisura, bajo pena de sufrir las reprimendas establecidas en el Estatuto de la Abogacía, cuya aplicación, en este caso, será realizada por la Orden de los Abogados de Brasil. La excepción establecida en el art. 14, § único, del Código Procesal es pertinente, evitando que el profesional tenga recelo de la reprimenda personal que podría advenir del juez y actúe con más desenvoltura en la protección de los intereses de su cliente. En lo demás, como no hay una jerarquía procesal entre el abogado y el juez, ninguno de ellos puede reprender al otro en el desarrollo de su actividad, al punto de posibilitar la aplicación directa de penalidades.

Conforme el párrafo único del art. 14, el abogado no podrá ser objeto de la multa en él prevista, pero esto no significa que podrá esquivarse de las obligaciones establecidas en las reglas pertinentes y tampoco de una posible responsabilidad por actuar con mala fe, conforme lo previsto en los arts. 16 y 18 del Código Procesal Civil. Si la actuación con mala fe es exclusiva del abogado, no habiendo de ella participado su cliente, cabrá solamente al abogado responder por los perjuicios ocasionados. Esta solución

está respaldada por la regla de la responsabilidad civil extracontractual, del art. 186 del Código Civil brasileño<sup>384</sup>.

El art. 16 del Código Procesal Civil brasileño dice: “*Responde por pérdidas y daños aquél que pleitear con mala fe, como autor, reo o interviniente.*” A su vez, el art. 17 establece: “*Se considera litigante de mala fe el que: I – alegar pretensión o defensa contra texto expreso de ley o hecho incontestable; II – alterar la verdad de los hechos; III – utilizar el proceso para lograr objetivo ilegal; IV – ofrecer resistencia injustificada al desarrollo del proceso; V – proceder de forma temeraria en cualquier incidente o acto del proceso; VI – provocar incidentes manifiestamente infundados; VII – interponer recurso con intuito meramente retardatorio.*” Las dos normas recién reproducidas establecen la responsabilidad de las partes en caso de que actúen de forma desleal o inadecuada entre sí o ante el juicio. Por supuesto que si esta conducta ilícita emanó exclusivamente del abogado, sin que lo supiera el contratante, el abogado deberá restituir al cliente todos los valores que este haya gastado con la indemnización de los perjuicios ocasionados a la parte contraria<sup>385</sup>.

La iniciativa de adopción de algunas conductas determinadas puede ser más fácilmente imputada al abogado, como en el caso de

---

<sup>384</sup> RANGEL DINAMARCO, 2001, p. 68.

<sup>385</sup> RANGEL DINAMARCO (2001, p. 66-67) sobre la actuación temeraria: “La actuación de mala fe es un comportamiento desleal del cliente o de su patrono. (...) La responsabilidad en este caso es patrimonial y ocurre siempre ante el adversario, que es parte inocente. La parte siempre responderá por ella, tanto si el acto fue o no recomendado o autorizado al defensor. El abogado solo responderá caso haya participado conscientemente de la ilicitud (EA, art 34, incs. VI, X, XIV, XVII), lo que es natural en toda representación jurídica de actos ilícitos (responsabilidad subjetiva); pero las hipótesis de su responsabilidad por actuación de mala fe son todas aquellas indicadas en el Código Procesal Civil.

una demanda contra un texto expreso de ley, o de un recurso con la mera intención de procrastinar, etc.. En estos casos, el contratante responde ante la parte adversa y el abogado rembolsa el valor efectivamente gasto, total o parcialmente, conforme el grado de participación del cliente en la mala actuación.

A partir de un examen singularizado de las hipótesis del art. 17 del Código Procesal Civil, se constata que alegar pretensión o defensa contra texto expreso de ley (inciso I), significa seguir en sentido opuesto a la literal construcción de textos normativos de contenido claro e incontestable. Eso no implica, sin embargo, cercear el derecho del abogado de interpretar una determinada regla ni tampoco de establecer el debate acerca de la misma. Solamente se caracterizará la conducta ilegítima si es absolutamente pacífica la comprensión de la norma jurídica contestada. Ya la alteración de la verdad de los hechos (inciso II) solamente es punida si practicada con dolo, objetivando un resultado sabidamente diverso de la realidad de hecho. No hay ilicitud en la discusión de los elementos y de las circunstancias de los eventos, ya que esta es una de las prerrogativas que todo litigante posee, de interpretar hechos y de aprender su contenido bajo un punto de vista distinto del de su opositor.

La imputación de uso del proceso para lograr un objetivo ilegal (inciso III), debe ser vista con reservas y con extrema cautela, pues la ilegalidad solo se caracteriza cuando la medida adoptada tenga un claro propósito de llegar a un resultado vetado por el

ordenamiento jurídico<sup>386</sup>. También se encaja en esta misma situación la conducta de simular un negocio jurídico para fraudar una ejecución o para facilitar garantía a un negocio inexistente.

El comportamiento de ofrecer resistencia injustificada al desarrollo del proceso (inciso IV), configura la intención de hacer con que el trámite de la demanda sea lento, buscando con esto alguna ventaja, o la posible prescripción para la realización de un acuerdo. Un ejemplo de esto es cuando el reo, consciente de las dificultades del autor de una demanda indemnizatoria, practica actos que retardan el andamio procesal, apostando en la realización de un posible acuerdo debido a la dificultad económica de su adversario.

El contenido del inciso V, que consiste en proceder de forma temeraria en cualquier incidente o acto del proceso, busca obstar la adopción de providencias maliciosas y la utilización de subterfugios que puedan perjudicar el oponente e incluso el Poder Judicial. Ese panorama se configura por un comportamiento marcado por el dolo o por la imprudencia, incluyendo también la incoherencia de posiciones que afecten el sentido común. Es lo que ocurre, ejemplificativamente, cuando una de las partes oculta un documento que está en su poder, presentándolo después con el argumento de que se trata de un documento nuevo, sorprendiendo, así, de forma desleal al adversario.

---

<sup>386</sup> RANGEL DINAMARCO (2001, p. 261) afirma que la actuación temeraria es en sí misma un procedimiento destinado a obtener aquello que la ley no permite, ocasionando, a veces, daños a terceros. Se incluyen aquí las demandas de separación judicial destinadas a frustrar acreedores, haciendo con que la responsabilidad no pueda alcanzar los bienes de uno de los cónyuges.

El inciso VI, que cohibe el acto de provocar incidentes manifiestamente infundados, presenta una gran similitud con el anterior, cabiendo destacar, sin embargo, que se aplica cuando, por ejemplo, el reo alega una excepción en contra el juez, invocando una circunstancia que sabe ser inexistente o que es notoriamente incapaz de servir de base para la referida tesis. Por fin, el inciso VII, que combate la actitud de interponer recurso con intuito meramente retardatorio, también tiene contenido similar al del inciso IV, dirigido a los que presentan resistencia injustificada al desarrollo del proceso, ya que al proponer un recurso que tiene la intención, oculta, de retrasar el proceso, la parte impide que ocurra su trámite normal.

En el art. 18 del Código Procesal Civil está la conminación de la pena para el caso de actuación de mala fe basada en los arts. 16 y 17 del mismo texto: *“El juez o el Tribunal, de oficio o por requerimiento, condenará al que litigar de mala fe a pagar una multa que no excederá un por ciento del valor de la causa y a indemnizar la parte contraria de los perjuicios que esta sufrió, más los honorarios del abogado y todos los gastos que efectuó.”* Cuando son dos o más litigantes de mala fe, el juez condenará cada uno conforme la proporción de su respectivo interés en la causa, o solidariamente aquellos que se reunieron para perjudicar la parte contraria (§ 1º). El valor de la indemnización será, desde luego, establecido por el juez, en una cuantía no superior a 20% (veinte por ciento) sobre el valor de la causa, o será liquidado por arbitramento (§ 2º).

El valor de la multa será destinado al Poder Judicial, y el de la indemnización, a la parte inocente que fue perjudicada por la actuación ilegítima del adversario. Cabe observar que el establecimiento de la indemnización, de una forma directa e inmediata, por el juez, depende de la existencia de elementos suficientes que posibiliten cuantificar las pérdidas y daños. Si esto no es posible, será determinada la liquidación por arbitramento. El juez jamás podrá fijar una indemnización basada en la presunción de la ocurrencia de perjuicios, ya que es necesaria la prueba de su existencia. Por otro lado, la imposición de la multa y del deber de indemnizar, no depende del resultado de la demanda. En el caso de éxito en el pleito, la parte que actuó con mala fe será condenada conforme lo anteriormente expuesto.

El Estatuto de la Abogacía, en su art. 32, también procuró abordar el caso de los litigantes de mala fe: *“En caso de actuación de mala fe, el abogado será solidariamente responsable con su cliente, desde que coligado con este para perjudicar la parte contraria, lo que será verificado en una acción propia.”* Luego, el juez no puede determinar la responsabilidad del abogado en el mismo proceso en que reconoce la ilicitud practicada por la parte. Todavía, lo cierto es que el profesional responderá cuando actuar de forma temeraria, sólo o contribuyendo con la actitud ilegítima del cliente.

Otra fuente de indemnización, basada en la infracción al deber de lealtad y rectitud profesional, es la prevista en el art. 600 del Código Procesal Civil: *“se considera contrario a la dignidad de la*

*Justicia el acto ejecutado que: I – frauda la ejecución; II – se opone maliciosamente a la ejecución; III – resiste infundadamente a las órdenes judiciales; IV – Si intimado, no indica al juez, en 5 (cinco) días, cuales son y donde están los bienes embargables y cuál es su respectivo valor.”* La pena para esto se encuentra en el art. 601 del mismo Código: multa en un valor no superior a veinte por ciento del valor actualizado del débito ejecutado, sin perjuicio de otras sanciones de naturaleza procesal o material. La multa será revertida en provecho del acreedor y podrá ser exigida en la propia acción de ejecución. Caso el abogado haya actuado por iniciativa propia, perjudicando, con esto, la parte contraria, la responsabilidad de indemnizar será de su contratante. Todavía, este podrá demandar al profesional buscando la reposición de los gastos, en una demanda autónoma que debe ser propuesta por el rito ordinario común.

La imposición, por parte de la Orden de los Abogados de Brasil, de una reprimenda administrativa al profesional, no impide que este también sea condenado a indemnizar los daños ocasionados debido a una conducta ilegítima. Estos ámbitos son independientes, del mismo modo que los ámbitos civil y penal, excepto en el caso en que la materialidad y la autoría de un hecho son afirmadas en este último, caso en que no podrán más ser debatidos en aquél<sup>387</sup>.

---

<sup>387</sup> STOCO (2002, p. 51), acerca de las repercusiones de las puniciones de cuño administrativo a los abogados, resalta que no restan dudas de que dichas sanciones no impiden la posibilidad de que cualquiera de ellos responda civilmente por los daños que ocasionaren a las partes o a terceros, cuando la actuación desleal o antiética del profesional caracterizar acto ilícito, realizado con dolo (aquí se incluye la fraude) o culpa. En lo que se relaciona a las partes en juicio, inciden las reglas del Código Procesal Civil, que establecen sanciones y reparaciones por actos de mala fe procesal.

Existe un contenido ético innegable en toda obligación que recae sobre el abogado como reprimenda a una mala conducta que afronta la ética mínima exigida, pues paralelamente a los deberes técnicos inherentes a la misión asumida, existe siempre la necesidad de observar las prescripciones dirigidas a un comportamiento recto y consciente del profesional<sup>388</sup>.

## **6.5 Inobservancia de plazos en el transcurso del proceso**

La pérdida de un plazo procesal es una de las conductas consideradas absolutamente imperdonables para el profesional de la abogacía. Este tipo de comportamiento no tiene como ser justificado, excepto cuando existen circunstancias ajenas a la voluntad del abogado que irremediablemente lleven a este resultado. No obstante, son muy comunes los episodios en que abogados dejan trascurrir *in albis* los plazos que tenían para adoptar una determinada providencia. La pérdida de un plazo es el fundamento más común de la responsabilidad civil del abogado por daños ocasionados al contratante. Es un error grave y normalmente

---

<sup>388</sup> MIRANDA SUÁREZ (2007, p. 42), sobre este aspecto afirma: “El carácter de la ética como componente inseparable de la actuación profesional ha sido confirmado en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 14 de abril de 1988, en que se dijo que si bien la ley constituye un mínimo capaz de hacer posible la sana convivencia de los hombres en sociedad, este mínimo legal no será suficiente para justipreciar el buen desempeño profesional del abogado; y es que la ley no conforma con la conducta de un abogado que se limite a no violentarla, porque lo requiere como colaborador activo muy confiable, comprometido con los valores que ella misma sustenta, por eso es que se le exige un modo de ser y de comportarse cuyas características se plasman en la ética profesional, en cuya leal observancia cada servidor de la justicia crece desde la insuficiencia del mínimo legal hacia la infinitud del máximo a que apunta la vocación de servicio y la perfección personal de cada profesional del derecho. Y precisamente la guía de este crecimiento es la ética profesional del abogado.”

no admite excusas, pues los plazos están expresos en el derecho y no se tolera que el abogado los ignore<sup>389</sup>. Sin embargo, esto no debe confundirse con la opción del abogado, cuando técnicamente admisible y aceptable, de no interponer recursos o de no manifestarse dentro del lapso temporal a él concedido.

Hay veces en que es mejor nada decir en el proceso, o en que nada hay que decir o hacer en aquel instante en pro de los intereses de su cliente. Sin embargo, como esto es una excepción a la regla, cabrá al abogado probar dicha circunstancia, pues, en caso contrario, si ocasionar perjuicios, estará obligado a indemnizar. Esa situación no configura la inversión de la carga de la prueba, y sí apenas un corolario lógico del hecho de que existió la inercia – en un principio – por parte del abogado, imputada por el representado, y de que existe la necesidad de revertir esa impresión por medio de una prueba robusta en sentido contrario.

Cabe ponderar, por lo tanto, que la pérdida del plazo no autoriza al contratante a invocar la teoría de la responsabilidad objetiva como mecanismo para regular la relación entre sí y el abogado. Este, conforme el § 4º del art. 14 del Código del Consumidor brasileño, solamente responde en los casos que esté demostrado que actuó culposamente. Sin embargo, el simple hecho de que el plazo haya trascurrido en blanco ya es un indicativo de negligencia, que debe ser suficientemente explicado por el profesional; específicamente en el caso en que la pérdida del plazo para presentar contestación o recurso configura error grave, y que

---

<sup>389</sup> AGUIAR DIAS, 1994, p. 322-323.

se evidencia objetivamente<sup>390</sup>. En este mismo sentido preceptúa la jurisprudencia española, que considera reparable el daño provocado en virtud del transcurso *in albis* del plazo para contestar<sup>391</sup>.

Cabe observar que la responsabilidad, en este caso, es siempre subjetiva, debido al hecho de que, por ejemplo, el profesional puede probar que el propio cliente optó por el silencio, que este no suministró los valores suficientes para el recurso, que los documentos imprescindibles para adoptar la medida eran insuficientes, y así por delante, hechos que serían suficientes para impedir cualquier tipo de responsabilidad<sup>392</sup>.

La presentación de recurso fuera del plazo legalmente establecido es una de las formas más comunes de pérdida de plazo, que tiene como repercusión inmediata el deber de reparar los daños ocasionados al cliente<sup>393</sup>. Conforme el deber de cautela, es conveniente que el abogado, en los casos en que el cliente no desee recurrir, informe este hecho por medio de una petición en el pleito, con el objetivo de evitar un eventual arrepentimiento posterior del contratante y la malévola afirmación de que el patrono dejó de realizar el acto debido. Para tanto, es conveniente solicitar al cliente

---

<sup>390</sup> SALVO VENOSA, 2002, p. 125.

<sup>391</sup> En la STS de 28 de abril de 2005 (RJ 3646), se condenó un abogado por haber dejado transcurrir en blanco el plazo para contestar una demanda sobre resolución de contrato de arrendamiento rústico.

<sup>392</sup> REGLERO CAMPOS E OUTROS, 2008, p. 837.

<sup>393</sup> ACEDO PENCO (2007, p. 117) pondera lo siguiente: “El resultado de la extemporánea presentación del recurso no es otro que la imposibilidad de dar satisfacción al derecho a que otra instancia revise la decisión del órgano inferior, lo que a su vez tiene dos componentes. Uno es de índole moral, al frustrarse el derecho a ver reconocida la razón en el caso concreto; otro es de índole material, al perderse la posibilidad de que, estimándose la pretensión del demandante, éste pudiera percibir una suma.”

que firme un documento en que confirma que abdica del derecho, el cual deberá acompañar la referida petición.

En los casos en que se atribuye la ocurrencia de daños a la falta de cautela del abogado en observar los plazos para recurrir, es obligatoria la condenación del profesional a reparar los perjuicios ocasionados al contratante. Para esto, es necesario que el perjudicado demuestre cabalmente la existencia de daños y el nexo causal entre la conducta del abogado y el resultado final lesivo.

No es suficiente, de esta forma, que solamente se indique las supuestas ofensas económicas, ya que es necesaria una prueba inequívoca de la ocurrencia de las mismas, como también de su cuantificación. Ni toda pérdida de un plazo para recurrir acarrea daños, siendo un ejemplo de esto el caso en que el recurso, aunque hubiera sido interpuesto regularmente, no tendría viabilidad para el caso en cuestión. Si una persona determinada tiene su culpa comprobada, de manera irrefutable, en un accidente de tráfico, en que todas las pruebas van en contra de la tesis defensiva presentada, al punto de que sea posible vislumbrar la total inutilidad de un eventual recurso, la no interposición de este o la pérdida del plazo para tal no implicará cualquier consecuencia para el abogado. Esto ocurre porque, aunque haya tratado los temas del interés de su contratante de forma desidiosa, no se originaron daños debido a su culpa, y como ya se ha dicho, sin daños no hay reparación a ser exigida<sup>394</sup>.

---

<sup>394</sup> ACEDO PENCO (2007, p. 116) afirma: “En los casos en que se acredita la existencia de error o descuido por parte de un letrado que provocó la interposición fuera de plazo de un recurso, la jurisprudencia determina que del mismo deriva la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, aunque cuantificar el importe de dicha cantidad genera cierta controversia.”

El problema de estimar y determinar el valor de la indemnización debida en este caso es complejo. La pérdida de la oportunidad debido a la pérdida del plazo es examinada a partir del denominado *juicio dentro del juicio*. Con él, será posible verificar en abstracto cual el grado de plausibilidad jurídica del recurso caso este hubiera sido adecuadamente interpuesto. Cabe decir que esta apreciación se origina en un criterio similar al que es utilizado para determinar los lucros cesantes, sin que exista, todavía, una estricta identidad entre estas operaciones.

Una de las críticas más duras al *juicio dentro del juicio* consiste en la afirmación de que él vulneraría, aunque de forma indirecta, la cosa juzgada, ya que trataría del examen de un tema ya definitivamente decidido y que había adquirido fuerza de cosa juzgada desde la pérdida del plazo. Al analizar la viabilidad teórica del recurso no interpuesto, reproduciendo de forma imaginaria cómo habría sido resuelto el tema por el órgano superior, el Poder Judicial estaría interfiriendo en su propia manifestación anterior, en el caso de que considerase que la decisión de la otra instancia sería distinta. Sin embargo, al considerarse que el examen busca apurar la ocurrencia de perjuicios análogos a los lucros cesantes, esa crítica pierde fuerza, ya que no habrá cualquier tipo de ofensa a la cosa juzgada ya establecida. Apenas se estará reparando el daño económico ocasionado a la víctima por su abogado<sup>395</sup>.

---

<sup>395</sup> CRESPO MORA (2007, p. 396) observa: “Sin embargo, el criterio del *juicio dentro del juicio* realmente no provoca una violación del principio de cosa juzgada; no solo falta la perfecta identidad de partes entre ambos procesos sino que, además, no se modifica la situación jurídica declarada en la sentencia 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

La jurisprudencia española, aunque no de forma uniforme, admite un sistema alternativo. Por un lado, con la determinación del *quantum debeatur* a través de la afirmación de la existencia de daños morales en el caso en que el cliente es privado del derecho al recurso. Por otro, con la determinación del valor de la indemnización fundada en la doctrina denominada *pérdida de una chance*, analizándose la perspectiva teórica de éxito del recurso que no se impetró<sup>396</sup>. Trata-se de un tema aún en evolución, y que tendrá que evolucionar para alcanzar un punto de equilibrio, cabiendo observar, sin embargo, que la idea de daño moral puro e independiente de criterios económicos objetivos, en general no es compatible con la noción de que todo daño a la moralidad demanda una demostración de que ocurrió una depreciación psíquica, un sufrimiento intenso, una sumisión a una situación vejatoria, o cualquier otro hecho de naturaleza similar.

La cuestión referente al plazo no se restringe a la pérdida propiamente dicha, ya que, también, la morosidad injustificada en la adopción de las medidas necesarias, cuando ocasiona daños, generará la obligación de indemnizar. Así, la demora en actuar en una demanda de cobranza, con el transcurso de un largo plazo sin cualquier base para fundamentarlo, vinculará al abogado a reparar los perjuicios ocasionados<sup>397</sup>. Todo esto independientemente de

---

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.”

<sup>396</sup> STS de 28 de enero de 2005, nº 18.

<sup>397</sup> STS de 28 de enero de 2005, nº 18.

que se verifique la prescripción de la pretensión, lo que es una consecuencia aún más grave, que será abordada en otro apartado.

## **6.6 Inexistencia o falta de pruebas**

En general, la consistencia de la prueba depende especialmente de la iniciativa del cliente, pues este debe conocer las fuentes probatorias de los elementos de hecho llevados al conocimiento del abogado. Luego, la presentación de estos elementos al profesional es decisiva para la solución del caso, ya que la obligación de probar recae sobre quien alega, salvo en las hipótesis legales de inversión de la carga de la prueba.

Cabe destacar que el abogado no tiene el deber de investigar y de procurar las pruebas documentales o de localizar los testigos que deben deponer, pues este es un deber del contratante, que debe facilitar al mandatario los elementos que dispone para reforzar la demanda presentada en juicio. Todavía, si el abogado ya posee las pruebas necesarias para el desenlace favorable de la acción, y deja de presentarlas en el momento adecuado, debe responder por los perjuicios ocasionados debido a su omisión.

En este contexto, es necesario observar, también, que el abogado tiene cierta margen de discrecionalidad para analizar las pruebas indicadas por el cliente. Luego, es parte de la estrategia adoptada, entre otras cosas, la decisión de no llevar al proceso determinadas informaciones, ya que es posible que este sea uno de los factores decisivos para una solución favorable del pleito. No se

admite, por obvio, el encubrimiento de pruebas, pero, por otro lado, nadie puede ser obligado a producir pruebas contra sí mismo, razón por la cual, y desde que respetada la necesidad de actuar con honestidad y de manera leal, es lícito al abogado elegir el mejor camino para su cliente.

Cabe decir aun en caso de error en la presentación de la prueba, no se podrá, aisladamente, con base en esto, afirmar la responsabilidad civil del abogado. Es necesario, además de esto, que quede cabalmente demostrada la ocurrencia del daño y la conexión entre este y la conducta omisiva del patrono. Si la ocurrencia del error no altera la situación final del caso, tampoco podrá generar cualquier deber indemnizatorio, ya que se tratará de una conducta civilmente ilícita que no genera ninguna repercusión negativa en el ámbito patrimonial o moral ajeno<sup>398</sup>.

## **6.7 La no comparecencia a las audiencias**

La ausencia injustificada del abogado en la audiencia aplazada tiene un gran potencial lesivo para el cliente, ya que el juez puede proseguir con la instrucción sin la presencia del apoderado. Eso no sucede exactamente así en las acciones penales, pues el reo, aquí, siempre debe estar asistido por un abogado. Sin embargo, le será nombrado un defensor judicial en los casos de ausencia del patrono debidamente intimado, quedando evidentes los posibles perjuicios, ya que el nuevo representante no

---

<sup>398</sup> STS de 20 de octubre de 1989, nº 1921, RJ 6947.

conocía el contenido del caso hasta aquél momento. En el ámbito civil, la falta del abogado no impide la realización de la solemnidad, resultando de esto la nítida posibilidad de que el cliente desamparado no tenga éxito en el final del proceso.

No existirá responsabilidad por parte del abogado si de su ausencia no resultaren perjuicios al contratante. Tampoco habrá responsabilidad si la no comparecencia está relacionada con la audiencia del art. 331 del Código Procesal Civil, cuya finalidad es solamente intentar promover la conciliación entre las partes. En este caso, ni la presencia del litigante es obligatoria, ya que su eventual ausencia, así como la del patrono, será considerada como falta de interés en conciliar y resultará en el proseguimiento de la demanda<sup>399</sup>.

En Brasil, la solución del tema está fundada en la presencia de los tradicionales y consagrados elementos de la responsabilidad civil: culpa, daño y nexo de causalidad. Así, la responsabilidad

---

<sup>399</sup> En el Proceso n. 03B1438 (in [www.dgsi.pt/jstj.nsf](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf)), el Supremo Tribunal de Justicia de Portugal, examinando el mérito de la demanda presentada por persona, derrotada en la acción, cuyo abogado llegó con retraso a la audiencia, así se pronunció: “Siempre se dirá que, consagrando el art. 563º del Cód. Civil, la teoría de la causalidad adecuada, en su vertiente negativa, según la cual un hecho es causa (en términos jurídicamente relevantes) de un daño cuando es una de las condiciones sin la cual el daño no habría ocurrido, desapareciendo esa calidad, cuando el hecho es, según las reglas de la experiencia común, totalmente irrelevante para la producción del resultado - cfr. decisión del S.T.J. de 3/12/98, B.M.J. 482-207, es notorio que la falta del recurrido al juicio fue considerada importante para la condenación de su cliente (...) El abogado del Reo debía haber previsto estos posibles retrasos, dejando su residencia en un horario que le fuera posible llegar, sin cualquier contratiempo, a la audiencia marcada. Como no lo hizo, ya que no llegó en el horario correcto al Tribunal, solamente sobre sí debe recaer la culpa de lo sucedido. En efecto, tuvo culpa en la condenación de su cliente, pues llegó retrasado a la audiencia judicial, cuando esta ya había terminado, determinando la condenación en el pedido, pues no previó como debía (patrón de comportamiento de un *bonus pater familias*, asociado al tipo de mandato y a las circunstancias en que debe ser ejecutado) posibles retrasos ocasionados, sea por el tráfico de Lisboa, sea por averías, sea por accidentes, que debía haber previsto, adelantándose al punto de que fuera posible contornear dichos trastornos.

subjetiva emana del comportamiento desidioso del abogado, que no comparece a la audiencia aplazada o que se retrasa al punto de provocar daños a su contratante. Excepto, lógicamente, cuando el profesional demostrar la existencia de factores capaces de refutar el elemento anímico del cual se origina la imputación, como a través de la prueba concreta de que existió caso fortuito, fuerza mayor, culpa exclusiva del cliente, y así por delante.

La falta del abogado a las audiencias del proceso es una de las formas de abandono de la demanda, y, por consiguiente, del cliente. Al quedar procesalmente desamparado, el litigante estará sometido a fuerzas superiores a las suyas en técnica, habilidad y amplitud. De esto surge el deber del abogado de acompañar al contratante desde el momento en que recibió poderes para tanto hasta el final de su contrato. Al igual que en Brasil, en España la posición adoptada es la misma, pues hay una postura prácticamente universal acerca de la necesidad de participación activa del abogado en la defensa de los intereses del cliente<sup>400</sup>.

---

<sup>400</sup> CRESPO MORA (2007, p. 386) afirma que en el Fundamento de Derecho Tercero, el Tribunal Supremo español fijó las bases de la responsabilidad de los abogados y apoderados: “La responsabilidad civil del abogado y del apoderado respecto de su cliente deriva de la respectiva relación contractual que los une, la cual, en el caso del abogado, es ordinariamente la propia de un arrendamiento de servicios, y comporta el deber de dirigir la defensa del asunto encomendado ante dos Tribunales, mientras que, en el caso del apoderado, entran en consideración las obligaciones derivadas del mandato, que imponen al mandatario, bajo su responsabilidad, la función de actuar ante los Tribunales en representación de su poderdante haciendo todo lo que a este convenga, según sus instrucciones (artículo 1.718 CC), en este caso bajo la dirección del abogado. El apoderado, en consecuencia, tal como expresa la LEC de 1881, aplicable a este proceso por razones temporales (artículo 5 LEC de 1881), es sancionado asimismo por el Estatuto de la Procuraduría (artículo 14.2 del Real Decreto 2.046/1982, vigente a la razón), y está obligado a no abandonar su representación en tanto no concurra alguna de las causas de extinción del mandato previstas en la Ley procesal y a hacer aquello que convenga a su cliente según la índole del asunto en el caso de que carezca de instrucciones claras. En aplicación de estos principios, la omisión por parte del apoderado, cuando conlleva una interrupción o abandono del curso procesal o de algún trámite que causa perjuicios a su poderdante, integra un incumplimiento contractual, salvo en aquellos supuestos en los cuales actúa con instrucciones del cliente o de su abogado o, incluso, cuando, no siendo las instrucciones claras y precisas, puede inferirse racionalmente de la conducta de aquéllos que una determinada actuación procesal no resulta necesaria o debe suspenderse, como esta Sala ha declarado

## **6.8 Renuncia del derecho sin la anuencia del cliente**

Siempre que la iniciativa del abogado objetivar la renuncia de los derechos del cliente, este deberá ser previamente consultado. Apenas cuando obtener expreso consentimiento del cliente es que el apoderado podrá actuar en este sentido sin el riesgo de ser responsabilizado. Esto se debe al hecho de que como tiene poderes para renunciar, siempre que así proceder, vinculará el cliente ante la otra parte del litigio. En el caso de que actúe contra la voluntad del contratante, o también sin consultarle, el patrono responderá por los daños ocasionados. El valor de la indemnización corresponderá al valor que el cliente perdió o que razonablemente dejó de ganar debido a la medida adoptada, cabiendo resaltar que la prueba de los daños corresponde a aquél que los alega. Así, si la renuncia no autorizada alcanzó una parte del crédito discutido, el abogado deberá indemnizar un valor correspondiente al abdicado.

Aunque tenga poderes expresos para renunciar, inseridos en la carta de poder, el abogado debe consultar al cliente y obtener su anuencia para poder efectuar la renuncia, la cual es un acto extremadamente grave del que resultan consecuencias negativas de naturaleza económica. La existencia de poderes expresos para

---

recientemente en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005. En aquellos casos, en las cuales no existan instrucciones por parte del abogado, y no pueda inferirse de las circunstancias concurrentes la voluntad por parte de este o de su cliente de abandonar el asunto, la instancia, o el trámite procesal de que se trate, el apoderado está obligado a proseguir en su representación instando lo pertinente para seguir el juicio en tanto no concurra una causa de extinción de su mandato.”

renunciar en la carta de poder legitima al abogado a actuar de esta forma. Todavía, eso apenas significa que jurídicamente estará vinculando el cliente a su acto. Esto no significa que podrá, en el plan concreto, actuar sin el consentimiento del interesado directo, a quien cabe dar el consentimiento final para la consecución de la renuncia.

Esa autorización deberá ser por escrito y con todas las especificaciones acerca del derecho que será abdicado, objetivando facilitar la prueba de su efectiva ocurrencia en caso de una posterior demanda del cliente contra el patrono. También se considera autorizado el apoderado que obtiene la firma de consentimiento del cliente en la propia petición en que ocurre la renuncia. Y, ciertamente, estará liberado el abogado, cuando el cliente renuncia directamente en la audiencia, asistido por el patrono<sup>401</sup>.

## **6.9 Falta de interposición de recursos**

La interposición de recursos no es un deber de la parte, pero sí una simple facultad, que puede ser ejercida o no, conforme esta entienda adecuado. El abogado, sin embargo, cuando asume la

---

<sup>401</sup> En la Apelación Civil nº 1.0525.05.065122-9/001, el Tribunal de Justicia del Estado de Minas Gerais consideró dañosa la renuncia del abogado que no realiza la regular comunicación en los actos del proceso: “La relación jurídica entre el cliente y el abogado instituye lo que se denomina obligación de medio, en la cual el propio contenido de la prestación exige nada más que el empleo de medios adecuados, sin la necesidad de indagarse sobre el resultado. En consecuencia, la responsabilidad del abogado está circunscrita al deber general de diligencia, debiendo utilizar todos los esfuerzos buscando la mejor forma de proteger los intereses de su cliente, independientemente del éxito o no de la demanda. Debido a esto, el cliente solo podrá responsabilizar al abogado si probar que este actuó con dolo o culpa. En el caso en cuestión, los apoderados no tuvieron la diligencia y el cuidado necesario para prestar los servicios de abogacía, pues no adoptaron las medidas legales para desistir del mandato y la acción de ejecución terminó tramitando sin cualquier acto de defensa de la parte ejecutada.”

defensa de la causa, contrae la obligación de emplear todas las posibilidades técnicas en la búsqueda de lo que es mejor para su cliente. Eso implica, obviamente, que agote todos los mecanismos destinados a hacer con que prospere la tesis defendida, sea ingresando con la demanda, sea defendiendo el contratante que se encuentra en la posición de reo<sup>402</sup>.

Incumple este deber el abogado que, motivado apenas por razones personales y sin cualquier correspondencia con la realidad procesal, no interpone recurso, contrariando de forma notoria los intereses del cliente, y tampoco renuncia al mandato en tiempo de salvaguardarlos, generando perjuicios. El problema consiste en la pérdida de la chance de que la demanda sea sometida al examen del Tribunal, frustrando la expectativa de que la sentencia proferida por el juez de primer grado sea reformada.

Ese deber profesional, sin embargo, no debe ser comprendido de forma literal, es decir, de manera que se obligue al abogado a, siempre e invariablemente, presentar recurso contra todas decisiones interlocutorias y definitivas proferidas en el proceso. El recurso ni siempre es posible, incluso porque en muchos de los casos existirá el riesgo de que el juez afirme tratarse de actuación temeraria, en el caso de que se esté intentando, injustificadamente,

---

<sup>402</sup> La SAP de Islas Baleares de 14 de febrero de 2005, n. 520/2005, decidió: “Es evidente que la falta de preparación en plazo de un recurso de casación en supuestos en los que sea admisible dicho recurso extraordinario y existiendo orden de su cliente y sin motivo justificado que lo impida, constituye un supuesto de negligencia profesional de Abogados y Apoderados recogido en una consolidada doctrina jurisprudencial, señala que “un Abogado, en virtud del contrato de arrendamiento de servicios, a lo que se obliga es a prestar sus servicios profesionales con la competencia y prontitud requerida por las circunstancias de cada caso. En esta competencia se incluye el conocimiento de la legislación y jurisprudencia aplicables al caso y su aplicación con criterios de razonabilidad si hubiese interpretaciones no unívocas.”

impedir el normal desarrollo de la demanda por medio de recursos que no estén basados en cualquier fundamento serio<sup>403</sup>. Tampoco se puede olvidar que el abogado debe resguardar la propia imagen de seriedad y lisura procedimental, lo que, circunstancialmente, podrá ser incompatible con la presentación infundada de recursos<sup>404</sup>.

La jurisprudencia española entiende que el abogado tiene el derecho de no interponer un recurso que considere no tener ninguna probabilidad de éxito, lo que será analizado en cada situación concreta<sup>405</sup>. Afirma, en este sentido, que el abogado debe tener la libertad necesaria para innovar en sus postulaciones, no debiendo ser condenado por esto, desde que siga el camino jurídicamente razonable<sup>406</sup>, lo que engloba la hipótesis de no recurrir cuando esto no traiga ningún beneficio, o cuando ocasione riesgos para el cliente.

No existirán daños a ser indemnizados en el caso de que la expectativa del cliente sea frustrada por la pérdida de una

---

<sup>403</sup> MARTÍ MARTÍ (2007, p. 65) asevera: “El dominio del proceso es del abogado. En todo caso el cliente aporta unos hechos propios, su propia versión, su propia verdad de la parte del conflicto. Pero el abogado luego se enfrenta a la otra parte, a su material probatorio, a la prueba del proceso y a la decisión final del juzgador. Con todo ello, el titular de la decisión de recurrir o no, es del abogado. Entendemos que la presentación del recurso fuera de plazo supone que el propio abogado incurre en responsabilidad, por cuanto él mismo entiende que debe recurrir la resolución judicial y lo hace extemporáneamente. Pero si decide no recurrir, no incurre en vulneración alguna.”

<sup>404</sup> GONÇALVES (1995, p. 384) trata del tema afirmando que Carvalho Santos entiende que no se debe exigir del abogado que siempre recurra. Solo admite su responsabilidad cuando existir probabilidad de reforma de la sentencia que debería haber recurrido, cabiendo al cliente probar que este hecho acontecería. (...) No hay duda, sin embargo, que será responsable si no recurre, contrariando las intenciones de su cliente. A no obediencia a las instrucciones del cliente puede implicar la responsabilidad del abogado, ya que este tiene el derecho de renunciar al mandato, caso no esté de acuerdo con estas instrucciones.

<sup>405</sup> STS, n. 134, 11 de mayo de 1991.

<sup>406</sup> SAP de Oviedo, 22 de febrero de 1988.

oportunidad, si no quedar demostrado que, en el plan del juicio dentro del juicio, existía la posibilidad concreta de éxito del recurso que no fue presentado, como también de la hipótesis de que este no tenía ninguna posibilidad de ser recibido<sup>407</sup>. Hay opiniones contrarias afirmando que la omisión en la presentación de un recurso ocasiona daños morales puros al contratante<sup>408</sup>. Dicha afirmación, sin embargo, carece de fundamento cuando realizada aisladamente, debido a la necesidad de prueba de los daños, que no se encuentran *in re ipsa*.

Los tribunales brasileños vienen adoptando prácticamente estos mismos criterios, que efectivamente son los más adecuados para la situación. Sin embargo, es importante observar que también hay otra corriente del pensamiento jurídico sobre el tema, que interfiere profundamente en la definición de la responsabilidad. Para ella, el abogado solo estará obligado, ante el cliente, a interponer recursos de naturaleza ordinaria, pero no de índole extraordinaria, es decir, aquellos destinados al examen de las materias de derecho – no de hecho – por los tribunales superiores. El cumplimiento de la obligación por parte del profesional, de esta forma, ocurriría con la proposición del recurso de apelación, o algún equivalente, ya que en lo demás existiría un carácter eminentemente técnico de aplicabilidad restringida<sup>409</sup>.

---

<sup>407</sup> SAP de Huesca, 04 de diciembre de 1993; SAP de Salamanca, 02 de mayo de 1994; SAP de Barcelona, 16 de junio de 1994; SAP de Álava, 25 de noviembre de 1998.

<sup>408</sup> SAP de Valencia, 28 de septiembre de 1994; SAP de Barcelona, 19 de diciembre de 1994; SAP de Zaragoza, 20 de octubre de 1997.

<sup>409</sup> TJSP, Apelação n. 875.850-0/0, j. 15.08.2007.

Cabe observar que solamente el litigante puede renunciar al derecho de recurrir, en el caso de que su utilización tenga alguna chance de éxito, lo que puede ser hecho de forma expresa o tácita. En el primer caso él informa directamente en el proceso que renuncia, mientras que en el segundo simplemente deja de manifestar su inconformidad cuando aún era posible proceder de manera opuesta. El abogado será responsabilizado en el caso en que hay interés del cliente en recurrir, pero aquél se niega a actuar, desde que quede probado que ocurrió la pérdida de una chance mínimamente razonable.

Todavía, el simple hecho de que transcurra *in albis* la oportunidad de recurrir no implica la automática responsabilidad del profesional, ya que el contratante deberá probar el perjuicio y la relación de causalidad, que solo existirá si quedar demostrado que la inercia ocurrió en relación a un recurso cuya perspectiva de éxito era plausible, lo que implicará en la *pert d'une chance*. Además, la utilidad de esta teoría es tan amplia que la pérdida de una chance viene siendo invocada y acogida no solamente en el ámbito contractual, pero también en el plan extracontractual, posibilitando al perjudicado buscar la reparación que le es debida<sup>410</sup>.

La determinación de los daños ocasionados debido a la no interposición del recurso o de su presentación fuera del plazo deberá pasar por el riguroso análisis de la pérdida de una

---

<sup>410</sup> CRESPO MORA (2007, p. 366) afirma: “Este perjuicio ha sido calificado por la doctrina con el galicismo pérdida de una chance, término con el que se denomina la categoría general de daños en la que se incluyen todos aquellos casos en los que el agente del daño, con su actuación u omisión, ha roto o interrumpido un proceso con el que la víctima tenía probabilidades de conseguir un resultado determinado (por ejemplo, una ganancia, evitar una pérdida) por encontrarse en la situación idónea para ello.”

chance<sup>411</sup>. Otra vez se estará ante la necesidad de buscar amparo en la idea de *juicio dentro del juicio*, es decir, en la viabilidad teórica – o imaginaria – que tendría el recurso caso fuese debidamente ofertado. Cuanto más grande el nivel de probabilidad abstracta de éxito del recurso, más amplio será el daño ocasionado. E, por consiguiente, en los casos en que la demanda buscaba obtener una ventaja pecuniaria, el daño por la frustración de la oportunidad de recurrir podrá ser calculado con base en el valor de la pretensión que dejó de ser analizada por la instancia superior. No será necesariamente establecido en la totalidad de su estimativa, pero, sí, conforme el grado de plausibilidad verificado en el examen de *juicio dentro del juicio*.

La operación antes mencionada hace con que la determinación de la cuantía de la indemnización tenga algunas similitudes con la idea de cuantificación de los lucros cesantes, sin que, todavía, se confunda con su naturaleza. Se trata, en verdad, de un juicio abstracto e hipotético de éxito del recurso frustrado. En los casos en que la pretensión no tenga un contenido económico inmediato (en la investigación de paternidad, por ejemplo), es posible cuantificar el valor de la reparación a partir de la idea de provocación de daños morales. Existiendo nexo de causalidad entre la conducta del abogado y el resultado frustrado, y si de esto

---

<sup>411</sup> CRESPO MORA (2007, p. 365) afirma lo siguiente: “Por regla general, ha de descartarse que la privación de la pretensión sea un daño automático en estos casos, debido a su carácter eventual o hipotético. Ahora bien, aunque, *stricto sensu*, el abogado no haya privado a su cliente de una sentencia estimatoria de sus pretensiones, le está negando a éste un fallo judicial que podía haber sido favorable a sus intereses. Así pues, junto a ese daño futuro e incierto, se produce otro actual y real: la pérdida de unas expectativas procesales; es decir, la pérdida definitiva de la oportunidad de que esa pretensión del cliente sea estimada por los órganos de la jurisdicción.”

resultar cualquier afronta a la esfera psíquica del cliente, la condenación del profesional a reparar los daños a la moralidad es la mejor solución<sup>412</sup>.

Caso el cliente no quiera recurrir, el abogado deberá obtener una declaración escrita en este sentido, pues será el profesional quien deberá probar la renuncia, en caso de que sea demandado por el contratante bajo la alegación de pérdida de una chance. La alternativa pertinente sería obtener la firma del cliente en la propia petición en la cual se informa al juicio el desinterés de recurrir.

Cabe observar que en muchas de las veces el acto de recurrir depende de actos del cliente. Ejemplo de esto es el del pago de los costes, que es una atribución del contratante, que ocurre, normalmente, con la entrega del dinero al abogado que queda encargado de la tramitación burocrática del preparo del recurso. En el ámbito de la Justicia laboral eso se evidencia con más vigor, pues, aquí, es necesario efectuar el denominado *depósito recursal* como requisito para la viabilidad del recurso. Dicho depósito es una obligación del recurrente, que, por lo tanto, debe entregar al abogado el valor referente a la tarifa oficial. Si el patrono comunica al cliente la necesidad de pagar un cierto valor para poder efectuar el preparo o el depósito del recurso y no es atendido dentro del

---

<sup>412</sup> CRESPO MORA (2007, p. 406) observa: “Por otro lado, este daño consistente en la privación del derecho a los recursos suscita, de nuevo, el interrogante sobre su naturaleza jurídica. La doctrina se decanta claramente por el carácter moral de este perjuicio. Los tribunales, por su parte, confirman tal naturaleza moral. En este punto surgen, una vez más, las mismas dificultades que se veían al tratar de determinar el carácter patrimonial o moral del daño por pérdida de oportunidad procesal. Como sucede con la pérdida de la oportunidad, esta cuestión no puede resolverse de una manera unívoca ya que dependerá, en última instancia, del concepto de daño moral que se utilice.”

plazo, la eventual no interposición del recurso o su realización fuera del plazo no generará daños a ser indemnizados por el abogado<sup>413</sup>.

Una situación distinta de la no interposición del recurso es la de una interposición deficiente, y, más precisamente, la de interponer un recurso sin que se indique mínimamente y de forma razonable, los fundamentos de la reforma pretendida. Debido a la obligación, que incide sobre el abogado, de observar la *lex artis*, no es suficiente que él ofrezca el recurso pertinente, y tampoco que lo haga tempestivamente.

Aunque se tolere una menor capacidad del profesional, llevándose en cuenta la heterogénea capacidad natural de las personas, se exige del abogado que presente en juicio, en el momento del recurso, la relación fáctica de los diversos elementos que constan en el proceso, los fundamentos de derecho, la orientación jurisprudencial sobre los temas de mayor complejidad y que pueda ser favorable al cliente y todo lo demás que pueda ser adecuado para la solución del caso<sup>414</sup>. No se trata, aquí, de imponer una actuación óptima, pero, solamente, una intervención suficiente para un correcto desarrollo del recurso.

Es bien verdad que el contratante tendrá muchas dificultades caso necesite demostrar la relación entre la calidad del trabajo y el fracaso de la pretensión. Todavía, caso logre establecer este

---

<sup>413</sup> En el juicio de la Apelación Civil nº 200500143261, de 17.01.2006. el Tribunal de Justicia del Estado do Rio de Janeiro afirmó lo siguiente: “La responsabilidad civil del abogado es de naturaleza subjetiva, siendo su obligación de medio y no de resultado, y solo puede ser reconocida por desidia cuando no se practican los actos judiciales de interés de la parte. La no interposición del recurso oportuno, por falta del depósito exigido, no caracteriza desidia, si el cliente, incluso siendo advertido por el abogado, no facilita el dinero necesario.”

<sup>414</sup> MARTÍ, 2006, p. 57.

vínculo, tendrá derecho a la reparación de los daños experimentados, debido a la distinción existente entre la actuación del abogado y la *lex artis*.

## **6.10 Pérdida o extravío de autos y documentos**

El abogado deberá responder por los daños ocasionados a su cliente, e incluso a la parte adversa, en caso de pérdida o extravío de los autos del proceso, pues cuando los recibe y los tiene bajo su guarda, tiene el deber de restituirlos incólumes al respectivo registro. Se considera extravío la actitud culposa que lleva al desaparecimiento de todo el proceso o de una parte de este. No se considera extravío, sin embargo, el caso en que un tercero hurta o roba los autos, o si ocurre un incendio, inundación o evento similar que, independiente de la voluntad y de los cuidados adoptados por el profesional, ocasionan su pérdida física o su deterioración.

Cabe resaltar que el simple hecho del extravío no implica la responsabilidad civil, ya que se exige que también ocurran daños al contratante o a su oponente. La carga de la prueba del perjuicio es de quien lo alega. Por otro lado, existe un mecanismo procesal denominado *restauración de autos*, a través del cual es posible intentar rehacer todos los pasos de la demanda que estaba en los autos extraviados. Caso sea exitosa la restauración, no existirá ninguna responsabilidad del abogado, excepto en relación a los costes de esta operación.

El extravío de documentos del cliente, en lo que se relaciona a la existencia de responsabilidad civil del abogado, tiene un mismo nivel de gravedad que el caso anterior. El deber de custodia, basado en el deber de fidelidad<sup>415</sup>, es una prestación anexa o lateral del vínculo establecido, cuya observancia es necesaria incluso para que haya un correcto cumplimiento de la obligación principal, pues la documentación del contratante integra el rol de elementos que explicitan su derecho durante el desarrollo de la actividad de abogacía. Incluso los que no tengan relación con el mérito en debate deberán ser restituidos, ya que el sigilo profesional también engloba el deber de no revelar el contenido de estos documentos.

Cuando decide contratar un determinado abogado, el cliente debe transmitirle todos los elementos que puedan ser utilizados en la defensa de los intereses en disputa. La entrega de los papeles al profesional genera, concomitantemente, la obligación de conservarlos, restituyendo al final los que no fueron utilizados y los que fueron devueltos por el juicio de la causa. Caso incumpla esa imposición, el abogado podrá ser civilmente responsabilizado, desde que existan perjuicios y nexo causal entre la conducta del abogado y el resultado lesivo. Habrá responsabilidad exclusiva del abogado por el extravío de documentos si, además, quedar demostrado que existía una alta posibilidad de éxito en la demanda caso los documentos fuesen oportunamente presentados al juicio<sup>416</sup>.

---

<sup>415</sup> STS de 25 de marzo de 1998, nº 127.

<sup>416</sup> SAP de Zaragoza, 16 de abril de 1993.

No existe la necesidad de que conste, de forma expresa, en el contrato el deber de conservar los documentos, pues eso está implícito en toda relación de este género. La propia noción de buena fe impone al abogado esta prestación accesoria, la cual es una relación de resultado<sup>417</sup>, pues la pérdida o destrucción de los elementos materiales implica la responsabilidad civil del abogado, excepto cuando este demostrar la ocurrencia de una de las excluyentes admitidas, como, por ejemplo, el caso fortuito, la fuerza mayor, etc..

### **6.11 Falta de repaso de valores al cliente**

En la condición de mandatario y prestador de servicios, el abogado debe rendir cuentas al cliente de toda la actividad desarrollada. Eso se aplica a la cuestión relativa a los valores obtenidos o consumidos en razón de la demanda. El profesional que mantiene consigo dinero del cliente y no entrega los valores en el momento adecuado comete apropiación indebida e infracción de naturaleza ética, y estará obligado a responder civilmente por la cuantía ocultada. La transferencia de recursos al contratante debe ser integral, abarcando los juros y la actualización monetaria. Si el

---

<sup>417</sup> CRESPO MORA (2007, p. 218) pondera: “La obligación de conservar y custodiar documentos que se entregan al abogado, a diferencia de otros deberes de prestación accesorios, ha de ser conceptuada como una obligación de resultado, lo que puede deducirse de la obligación que recae sobre el abogado de devolver los documentos al finalizar la relación contractual. Esto demuestra que, el que la actuación forense del abogado haya sido considerada tradicionalmente como una obligación de medios, no impide que la ejecución de la misma pueda ir acompañada de ciertas obligaciones de resultado, como ocurre en el supuesto en estudio.”

repase es parcial, el abogado responderá por la diferencia comprobada.

También practica la misma ilicitud civil el abogado que recibe valores para realizar una consignación o un depósito judicial y no lo hace. En este caso será obligado a reparar no solo el valor ocultado, pero también los daños que resultaren de su comportamiento ilegítimo. Esto puede resultar, incluso, en la pérdida de la demanda en su mérito, acarreando la responsabilidad del abogado también por los perjuicios que resultaren de esa situación.

Se sabe que la liberación de permisos en favor del cliente es realizada por medio de un documento en que conste, como autorizados para efectuar la retirada, los nombres de la parte y del abogado que le representa. Es recomendable que el profesional no realice el saque del valor indicado en el permiso, siendo conveniente que repase al cliente la ejecución de esa medida. Actuando así, evitará cualquier reclamación posterior acerca de la importancia sacada, resguardándose de posibles demandas. Sin embargo, caso haga la opción de realizar dicha retirada, o caso esa sea la única solución, tendrá de entregar al cliente – por medio de recibo o depósito bancario – todo lo que recibió, bajo pena de responder por la omisión.

## **CAPÍTULO VII.- RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO QUE ACTÚA EN RÉGIMEN DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA**

### **7.1 Asistencia jurídica prestada por instituciones de enseñanza**

#### **7.1.1 La formación *sui generis* del vínculo**

Las facultades de Derecho, que inicialmente se direccionan a la formación de las bases teóricas del académico, son obligadas por ley a, a partir de un determinado momento del expediente académico, ofrecer disciplinas prácticas relativas a la actividad jurídica. Es el momento en que el alumno, deja el ambiente –en general seguro– de la sala de aula, y pasa a enfrentar los problemas reales de la abogacía y de las demás profesiones vinculadas al Derecho.

Ese momento es de gran relevancia, siendo cierto que la experiencia ordinaria es lo que posibilita identificar los alumnos que realmente tienen vocación para esto, diferenciándoles de los que no poseen mucha afinidad con el curso elegido. El choque de realidad entre lo que se enseña y se aprende en clase, y lo que la práctica revela, es fundamental para adaptar el alumno al contexto que encontrará después de licenciado.

Los servicios gratuitos ofrecidos a la comunidad por las facultades de Derecho son de gran relevancia social. Basados en la premisa de que deben ser ofrecidos a los grupos menos favorecidos de la colectividad, en general exigen una prueba de renta de, como máximo, dos sueldos mínimos para que la persona sea atendida. Es verdad que las circunstancias concretas indicarán situaciones en que una eventual mayor renta no impida el atendimento, sea porque no hay una delimitación legal de parámetros económicos, sea porque, como es sabido, en muchos casos hechos especiales (gastos con medicamentos, número de dependientes, etc..) interfieren en la definición del nivel adecuado de viabilidad de acceso de los más carentes a los servicios gratuitos.

El art. 5º, LXXIV, de la Constitución brasileña dispone que el Estado “prestará asistencia jurídica integral y gratuita a los que comprobaren insuficiencia de recursos”. Esa asistencia se materializa en la actuación de facultades de Derecho y, especialmente, en la actividad de las Defensorías Públicas en ámbito estadual y federal.

La prestación de servicios jurídicos gratuitos obedece la reglamentación establecida. Además de la Constitución de la República, la legislación infraconstitucional también se ocupa del tema, especialmente el Estatuto de la Orden de los Abogados de Brasil y los reglamentos internos de la corporación. Uno de los principios más relevantes es el de la inexistencia de finalidad lucrativa, reflejo de la total ausencia de encargos para las personas beneficiadas.

El expediente académico de las facultades de Derecho contempla, por fuerza de ley, disciplinas prácticas que engloban la prestación de servicios jurídicos por los alumnos, bajo orientación, dirección y acompañamiento de los profesores. Son asignaturas prácticas que implican el enjuiciamiento de demandas, la contestación de lides y la realización de todos los actos privativos de los abogados. Estos actos, todavía, se ejecutan bajo la responsabilidad técnica de los profesores, en general, tras ser esbozados e idealizados por los alumnos de grado.

Desde el punto de vista de la relación contractual ordinaria establecida entre el cliente y el abogado, en que este es contratado por aquél y se somete a las reglas comunes de la responsabilidad civil subjetiva, es necesario verificar la situación existente en cuadros peculiares. Especialmente en los casos en que el abogado no actúa como profesional liberal *stricto sensu*, pero si como patrono nombrado por el juez o, entonces, como prestador de asistencia judicial gratuita debido a su actuación como servidor

público, o empleado de la red privada, en órganos de defensoría o facultades de Derecho.

En todos los casos suscitados, el abogado no firma un contrato con el asistido, y tampoco este tiene la prerrogativa de optar por el profesional que, debido a las circunstancias, fue designado para actuar en la defensa de los intereses de quien procura los servicios. Se trata, como tomador de los préstamos, de un usuario, que no tiene un vínculo contractual particular con el abogado que actúa en pro de sus intereses. Ese contexto diferenciado implica la necesidad de una especial cautela a la hora de verificar la existencia o no de responsabilidad civil por una eventual mala ejecución de la actividad.

### **7.1.2 Deberes asumidos por el abogado**

Cuanto a los deberes asumidos por el profesional, en un principio, no hay ninguna diferencia en lo que se relaciona a las obligaciones de los abogados vinculados al cliente por un contrato particular. Lo que los distingue, desde un principio, es el mecanismo de designación, ya que, como mencionado, uno de ellos actúa en función de una relación privada paritaria, mientras que el otro actúa debido al hecho de estar legalmente obligado a prestar servicios a los hiposuficientes.

Se trata, por lo tanto de de una forma especial de vínculo, ya que prescinde de un acuerdo de voluntades de índole y formato contractual puros. El contrato existe, pero es *sui generis* y tiene en

la otra parte el Estado. Todavía, en un sentido genérico, los deberes profesionales son los mismos, aunque los reflejos de su eventual incumplimiento pueden variar.

A pesar de gratuitos, los servicios ofrecidos por las instituciones de enseñanza jurídica se someten, por vía de regla, a los mismos principios de los trabajos contratados, excepto en lo que se relaciona a la responsabilidad civil, que, en ciertos aspectos, debe ser mitigada. La determinación de la culpa se somete a características especiales que, aunque no estén presentes de forma expresa en la ley, emanan de la realidad jurídica de las normas relativas a la responsabilidad civil en general.

### **7.1.3 Determinación de la responsabilidad profesional**

La solución, en el caso de responsabilidad civil del patrono por eventuales daños ocasionados al contratante, será distinta. Esto ocurre porque desde el principio el asistido sabe que sus intereses están siendo defendidos por una institución de enseñanza, quedando claro, aquí, el hecho de que el nivel de exigencia con los abogados no podrá ser idéntico al que existiría en una relación contractual común *intuitu personae* y basada en la onerosidad de la prestación.

La enseñanza ofrecida en las facultades busca fundamentalmente la formación del alumno, habiendo aquí la necesidad de un mayor grado de tolerancia en cuanto a imperfecciones ocasionales, desde que no sean demasiado

patentes y que no hayan ocurrido debido a una falta de esfuerzo. A pesar de que siempre deba haber un responsable técnico dirigiendo los trabajos, no es nada adecuado poner la abogacía privada y la social en un mismo nivel. La actividad de abogacía en sentido estricto, fruto de una contratación previamente celebrada, obliga al profesional a actuar bajo la rigurosa supervisión del ordenamiento civil en lo que se relaciona a la responsabilidad por daños, incluso cuando estos derivan de culpa levísima.

Aunque todos los prestadores de servicios en el ámbito de la abogacía – tanto los profesionales liberales como los agentes estatales o equiparados – estén vinculados a la misma estructura deontológica, en lo que se relaciona a las obligaciones éticas y jurídicas que asumen al patrocinar una determinada causa, es necesario disociar el abogado privado de aquél que, debido a circunstancias peculiares, fue escogido para ser representante del autor o del reo.

La enseñanza universitaria sirve para construir las bases de las nuevas generaciones de trabajadores del Derecho y, en el caso de la práctica jurídica académica, para proveer las necesidades mínimas de servicios jurídicos a favor de las clases sociales menos favorecidas. Las personas carentes que no pueden contratar un abogado tienen la oportunidad de procurar los servicios gratuitos, fundamentalmente ofrecidos por el Estado, tanto en defensorías como en facultades.

En el caso de instituciones de enseñanza, la proliferación de facultades de Derecho, en especial las privadas y con intuito de

lucro, terminan también multiplicando el riesgo de una mala prestación de auxilio jurídico a los individuos carentes que buscan los servicios académicos de ofrecimiento compulsorio. En teoría, todas las facultades de Derecho se someten a la misma legislación en el desarrollo de sus trabajos. Todavía, se sabe que en la práctica la situación es otra, muchas veces marcada por la falta de condiciones materiales, que afectan profundamente la calidad de formación de los alumnos. Eso repercute, sin duda, en la calidad de los servicios de asistencia prestados gratuitamente a la colectividad.

Las instituciones de enseñanza jurídica no tienen autonomía en relación a la reglamentación de dichos servicios, estando integralmente sometidas a la regulación establecida por el Estado. No hay como exigir que practiquen la abogacía en el mismo nivel de los profesionales debidamente formados. Las facultades de Derecho no funcionan como oficinas de abogados y no buscan el lucro con la prestación del servicio jurídico a la población necesitada.

Como las facultades de Derecho practican actos privativos de abogado, es posible concluir que la asistencia jurídica prestada a terceros, como consecuencia de las asignaturas prácticas, estará siempre sometida a la participación, fiscalización y responsabilidad de un agente regularmente inscripto en la Orden de los Abogados, sea él un profesor o, en los casos en que la ley permita, un abogado debidamente acreditado en la universidad para tal.

El servicio de asistencia jurídica gratuita ofertado es necesariamente dirigido por un profesional debidamente inscripto en

la respectiva entidad de clase. Solamente él tiene el *jus postulandi*, es decir, la aptitud que le legitima a defender en juicio los intereses del contratante. Como resultado de esto, y debido a la naturaleza de la relación establecida, también se somete a las normas relativas a la responsabilidad ética, disciplinar, civil y penal.

En los casos en que personas económicamente hiposuficientes buscan los servicios de asistencia judicial gratuita, vinculados a instituciones de enseñanza jurídica, se percibe claramente la existencia de actividades de carácter académico, pero también técnico. El profesor desarrolla actividades en el ámbito académico y puede, también, caso esté inscripto en la Orden, representar al contratante en las lides judiciales. Es posible, aún, que las instituciones de enseñanza contraten prestadores de servicios para desempeñar las funciones relativas a la abogacía gratuita ofrecida a la colectividad.

Este contexto es muy importante para la formación del alumno, ya que este tiene contacto directo con el cliente y debe orientar jurídicamente a los que procuran los servicios gratuitos, redactar la petición inicial, la contestación y todas las demás manifestaciones que sean necesarias en la demanda. Por supuesto que todo esto será realizado bajo el comando y la supervisión del profesor y del abogado, sobre quien recaerá la responsabilidad técnica principal por el desarrollo del trabajo ante el Poder Judicial y la parte representada.

Cabe destacar que el académico de Derecho, que está debidamente inscripto en la Orden de los Abogados, puede

practicar actos en el plan de la abogacía, observados los límites establecidos en la legislación correspondiente. Pero, en todo caso, jamás podrá dejar de estar acompañado por un profesional debidamente inscripto en la entidad, con quién actuará en conjunto y bajo su responsabilidad, pues, caso contrario, existirá una patente nulidad.

El becario de la facultad de Derecho no necesita inscribirse en la Orden de los Abogados para poder realizar las actividades académicas dirigidas al atendimento del público de servicios de asistencia judicial ofrecidos por la institución de enseñanza a la cual está vinculado. Eso ocurre porque siempre estará bajo la supervisión y el comando de un profesional – generalmente su profesor – que es quien asumirá la responsabilidad concreta por los actos practicados. También podrá acompañar el desarrollo de las audiencias, pero no firmará válidamente y con eficacia jurídica cualquier acta o documento relacionado con las citadas solemnidades.

Lógicamente, el becario también es responsable por los actos que practica, pero en un nivel mucho inferior al del profesional que asume el control de la actividad. Básicamente, la responsabilidad de aquél se resume al cometimiento de delitos en el ejercicio de sus funciones (por ejemplo, cuando saca y no devuelve intencionalmente una hoja de los autos del proceso), o entonces, cuando perjudicar dolosamente al contratante. En los demás casos siempre tendrá en su favor el argumento de que la responsabilidad técnica por la actuación es del abogado que firma las piezas

procesales, ya que su participación en la elaboración de estas ocurre solamente como aprendiz.

La responsabilidad civil por daños ocasionados a los representados, en la asistencia judicial gratuita ofrecida por instituciones de enseñanza, recae inmediatamente sobre estas. Los profesionales que practican los actos solamente serán responsabilizados de forma regresiva, es decir, las entidades tendrán la facultad de buscar con el profesional el reembolso de los valores gastos con la reparación de los daños.

Cabe decir que los entes públicos (caso de las facultades públicas) o que actúan por delegación del Poder Público (caso de las facultades privadas) responden objetivamente ante el perjudicado, pero los agentes que están vinculados a estas entidades serán responsabilizados únicamente cuando se demuestre su culpa. En este caso, la responsabilidad civil de los agentes de las facultades jurídicas existirá solamente caso se compruebe la existencia de culpa patente. Esto se debe al hecho de que la prestación de servicios es gratuita, no tiene una naturaleza contractual *stricto sensu* (es, en verdad, una contratación *sui generis*) y el contratante sabe que está ante una actuación destinada a la enseñanza y al aprendizaje, circunstancias que implican un menor rigor del juicio en el momento de definir la responsabilidad.

Por lo demás, en este caso no incide la legislación de consumo, porque no existe una relación de consumo *stricto sensu*, que presupone la celebración de un contrato oneroso entre el

prestador y el tomador de los servicios, o, por lo menos, la perspectiva de una ventaja económica indirecta para aquél, hecho que no se verifica en la situación en cuestión.

## **7.2 Responsabilidad civil de los abogados de la Defensoría Pública**

### **7.2.1 Peculiar situación en el ordenamiento jurídico brasileño**

Atendiendo la determinación de garantía de acceso al Poder Judicial y la obligación estatal de prestar asistencia gratuita a los más necesitados (art. 5º, LXXIV, de la Constitución de la República), en Brasil fue creada la denominada Defensoría Pública. La actividad, sin embargo, no es restringida a los hiposuficientes, aunque estos sean la gran mayoría del público que busca los servicios ofrecidos.

En el ámbito penal, si un determinado reo se niega a elegir un abogado particular de su confianza, el juez está obligado a indicarle un asistente gratuito, aunque el reo tenga condiciones económicas de soportar los gastos de una contratación. Luego, la clase de los defensores públicos actúa en todas las causas para las cuales la ley prevé su nombramiento, tanto en favor de personas pobres como de las que poseen recursos financieros.

Los defensores públicos se someten a las reglas aplicadas a los servidores públicos. Estos son, en verdad, abogados puestos a la disposición de las personas que, tras cumplir los requisitos

legales, son consideradas hiposuficientes, pues no tienen condiciones de soportar la carga económica de una demanda judicial.

Un aspecto interesante del ejercicio de la actividad de los defensores es el de que estos no pueden rechazar las causas que le son transmitidas. De esto se extrae la conclusión de que el vínculo establecido no es estrictamente *intuitu personae*, ya que falta el elemento confianza, libre y decisivo, en su formación<sup>418</sup>. Evidentemente, eso no significa que estos agentes judiciales siempre deberán proponer una demanda, incluso sin realizar un análisis previo de viabilidad de la misma. Este examen, por cierto, es imprescindible, incluso para que el profesional pueda cumplir con su deber de información.

Cabe destacar, sin embargo, que la actuación de la Defensoría Pública no se limita a las causas judiciales. La asistencia gratuita, prevista en la Constitución, asegura el acceso de los hiposuficientes a todos los niveles del orden jurídico. De esta forma, cabe a la Defensoría Pública promover actividades extraprocesales en favor de quien la procura, incluyéndose aquí las de carácter administrativo, policial y de consultoría jurídica.

El art. 134 de la Constitución brasileña trata de la Institución: *“La defensoría Pública es institución esencial a la función jurisdiccional del Estado, incumbiéndole la orientación jurídica y la defensa, en todos los grados, de los necesitados, conforme el art. 5º, LXXIV. §1º Ley complementar organizará la Defensoría Pública*

---

<sup>418</sup> CRESPO MORA (2007, p. 274) afirma: “A su vez, el letrado no sólo no escoge al cliente, sino que ni tan siquiera tiene la posibilidad de aceptar o rechazar el asunto a cuya dirección jurídica viene obligado.”

*de la Unión y del Distrito Federal y de los Territorios y establecerá normas generales para su organización en los Estados, en cargos de carrera, proveídos, en la clase inicial, ante concurso público de pruebas y títulos, asegurada a sus integrantes la garantía de la inamovilidad y vedado el ejercicio de la abogacía fuera de las atribuciones institucionales. §2º A las Defensorías Públicas Estadales se asegura la autonomía funcional y administrativa y la iniciativa de su propuesta presupuestaria dentro de los límites establecidos en la Ley de Directrices Presupuestarias, y subordinación a lo establecido en el art. 99, §2º.*

La relevancia de la protección jurídica accesible a todos los menos favorecidos se consolida en la idea de la Defensoría Pública. No se puede olvidar, sin embargo, que si la organización de la institución deja aparte aspectos como la calidad de los servicios, la abogacía prestada será mucho inferior a la ofrecida por profesionales liberales del área<sup>419</sup>.

También, tratándose de abogacía prestada gratuitamente, no estará ausente la idea de contrato entre las partes. Todo el que busca la Defensoría Pública y recibe atendimento está contratando el Estado – personificado en el Defensor Público – como

---

419 PRIETO (2007, p. 77), sobre el estudio realizado por José Renato Nalini, observa: “Aunque en el momento tratemos solamente del tema del ‘acceso a los tribunales’, no es suficiente la extinción de los costes. La necesidad de un abogado en un encargo para la parte cuando esta tiene que litigar en la Justicia. El nombramiento del abogado gratuito tiene ciertos inconvenientes. Primero porque se crea una prestación de segunda clase. Casi siempre es nítida la distinción entre el trabajo del abogado constituido y del nombrado. Después, el abogado encargado de patrocinar la demanda de un pobre corre el riesgo de hacerlo de forma distinta de que lo haría si hubiera sido contratado. Este no es solo un problema brasileño, y ya viene siendo detectado en países de primero mundo, donde muchos entienden ser demasiado paternalista el hecho de que exista un abogado considerado de los pobres y que se trate los pobres como si fueran incapaces de perseguir sus propios intereses. Que se traten los pobres, dicen las personas, simplemente como individuos comunes, con menos dinero.”

patrocinador de su causa. Aunque no exista una discusión específica sobre el contenido de este contrato, queda patente su sumisión a las normas contractuales relativas al mandato, o al tipo de negocio en que eventualmente se encuadre la situación concreta.

Sobre la responsabilidad civil por daños ocasionados al cliente de la Defensoría Pública, es necesario retomar la línea de raciocinio acerca de la naturaleza del servicio prestado. Este es contractual, y no se puede negar. Sin embargo, cabe observar nuevamente que se está delante de un genuino servicio público, ofrecido por el Estado a través de profesionales aprobados en una oposición. Es innegable, por lo tanto, que incide en esta relación el contenido del art. 37, § 6º, de la Constitución brasileña, que consagra la responsabilidad objetiva: *“Las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado prestadoras de servicios públicos, responderán por los daños que sus agentes, en esta calidad, ocasionen a terceros, asegurado el derecho de regreso contra el responsable en caso de dolo o culpa”*.

Ante este panorama, y sabiéndose que la Defensoría Pública está vinculada a la persona jurídica de derecho público interno que la implantó (Unión, Estados o Territorios), lo cierto es que la eventual provocación de daños a los clientes acarrea el deber de reparar, basado en la idea de responsabilidad objetiva. No es necesario probar la culpa en la provocación del daño, siendo suficiente demostrar que ocurrió el perjuicio y la relación de

causalidad entre este y la conducta del defensor público. Todo esto en relación a las mencionadas personas jurídicas.

Sin embargo, se sabe que los agentes directos acusados del daño solamente pueden ser responsabilizados si actuaren con culpa. Así, ante el particular perjudicado, el ente público responde objetivamente, pero el defensor público solamente podrá ser obligado a rembolsar el valor de la indemnización gastada, en el caso de que quede demostrado que actuó con culpa. La carga de la prueba recae, en este contexto, sobre la persona jurídica de derecho público a la cual se vincula el defensor, incluso porque su responsabilidad es meramente regresiva.

Luego, el particular no puede demandar directamente al servidor, cabiéndole, apenas, proponer la demanda contra el ente al cual está vinculado, buscando la debida reparación. Tras esto, será de responsabilidad de la persona jurídica de derecho interno demandar el agente que, caso haya actuado con culpa, será condenado a pagar el valor gastado por el Estado.

### **7.2.2 Sistema vigente en España**

En Europa, el sistema funciona de manera distinta, aunque existan puntos coincidentes con el Derecho brasileño. Suiza, por ejemplo, por no tener una legislación específica, adopta un mecanismo, instituido por la doctrina y la jurisprudencia, que afirma que la responsabilidad civil del abogado es regida por las reglas aplicables a la administración cantonal y a los respectivos agentes

públicos. Eso ocurre porque el abogado de oficio desarrolla tareas consideradas estatales y que son disciplinadas por el Estado, en que sus funciones solo terminan cuando la autoridad competente determinar.

En España, la solución del tema demanda un examen de las diferencias entre la asistencia judicial gratuita y el trabajo de oficio. Aunque el abogado del beneficiario de la asistencia judicial gratuita siempre sea un profesional de oficio, ni todo abogado de oficio será un defensor de personas económicamente hiposuficientes. La cuestión acerca de la posible responsabilidad aquiliana de la Administración debido a una actuación lesiva del abogado está toda basada en los elementos de la asistencia judicial gratuita. Esto porque, en este caso, el profesional desempeña un servicio público, hecho que confiere al perjudicado el derecho de pleitear una indemnización por los perjuicios ocasionados por su actuación imprudente, negligente o imperita. Cabe resaltar que, en este caso, se estará ante una situación en que existirá la responsabilidad objetiva de la Administración<sup>420</sup>.

El Derecho español, así como el brasileño, parte del principio de que el requisito básico para la existencia del deber de indemnizar es, en un primer momento, y fundamentalmente, la lesión, que se define como un daño ilegítimo que implica la actuación del Poder Público en el uso de sus potestades públicas. La lesión debe ser real y efectiva, y no solamente potencial.

---

<sup>420</sup> CRESPO MORA, 2007, p. 279.

La responsabilidad, de carácter objetivo, hace con que sea indiferente y desnecesaria la determinación de la normalidad o no de la actuación oficial. Es suficiente con que haya un daño económicamente apreciable e individualizable. No es necesario demostrar que los agentes públicos actuaron con dolo o culpa, y sí, solamente, que el servicio ocurrió de manera anómala<sup>421</sup>.

Los requisitos para que se afirme esa responsabilidad son: a) que, por previsión legal expresa, los daños producidos en los derechos y bienes de la víctima estén entre los que ella no está obligada a soportar; b) que el daño sea efectivo, económicamente apreciable e individualizado en relación a una persona o a un grupo de personas; c) que exista una relación de causalidad entre la conducta del agente público y el daño; d) que el daño alegado sea imputable a la Administración. La responsabilidad no existirá solamente si el ente público demostrar la ocurrencia de fuerza mayor como elemento que llevó a la provocación de los daños.

### **7.3 Responsabilidad civil de los abogados nombrados como asistentes**

Cuando el juez nombra un abogado particular como asistente Judicial para actuar en un determinado proceso, sea por iniciativa propia o por pedido del profesional, no está llamando para el Estado la responsabilidad por la reparación de los daños que pueden ocurrir al asistido. En realidad, el vínculo contractual establecido

---

<sup>421</sup> STS de 16 de diciembre de 1997, nº 45.

tiene naturaleza privada y se orienta por las normas comunes del Derecho Civil; pudiendo el abogado rehusar el nombramiento sin tener que justificar las razones por las que lo hace. Luego, si acepta el encargo, y aunque en el principio no trate directamente con el asistido sobre las cuestiones referentes a la demanda, se somete a las reglas generales de la responsabilidad civil.

De lo anteriormente expuesto emana la posibilidad de aplicación de la teoría de la responsabilidad subjetiva, por los daños provocados debido a una mala actuación del abogado. Cabrá al perjudicado probar la culpa del profesional, la ocurrencia de daños y el nexo de causalidad entre el comportamiento culposo del abogado y los perjuicios soportados por el cliente. El Estado no podrá ser llamado a responder por eventuales errores cometidos en el desarrollo de la actividad, pues la relación jurídica establecida será de *res inter alios*.

En los casos en que la actuación del abogado no ocurre por nombramiento del juez, pero el cliente es beneficiario de la Justicia gratuita debido a su hiposuficiencia, también se aplican las reglas comunes de la responsabilidad civil del abogado. Este es considerado el patrono de la acción, contratado en carácter privado y sometido a los mismos deberes que recaen sobre los profesionales en general. La circunstancia de que se haya concedido el beneplácito de la gratuidad a su cliente no interfiere en la relación contractual establecida entre las partes, y sí, implica solamente la exención de las costas procesales. Luego, no existe la posibilidad de mitigar los presupuestos necesarios para el

reconocimiento de la culpa debido a una mala actuación del profesional.

# **CAPÍTULO VIII.- RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA SOCIEDAD DE ABOGADOS**

## **8.1- Análisis de la estructura de la sociedad de abogados**

### **8.1.1 La naturaleza privada de la sociedad y su configuración**

La sociedad de abogados se clasifica, en el ordenamiento jurídico brasileño, como persona jurídica de derecho privado, aunque haya una actuación individual del abogado, considerada como un *munus público*, debido a su relevancia en la distribución de la justicia. La realidad española no se distingue sustancialmente, considerando que se trata de un organismo personificado, o al menos que se presenta externamente como tal, que presta servicios de carácter público<sup>422</sup>.

---

<sup>422</sup> ITURMENDI MORALES, 2008, p. 96.

En España, en lo que se relaciona a las sociedades de abogados, la Ley n. 2/2007, de 15.03.2007, posibilitó el surgimiento de una nueva clase de profesional colegiado, que es la propia sociedad profesional, debidamente constituida y registrada. Con eso pasaron a existir más garantías y seguridad jurídica para los que buscan la prestación de servicios junto a este tipo de sociedad, como también a los que ejercen la profesión dentro de la misma. Sin embargo, los principios que orientan el ejercicio de la abogacía en sociedad son perfectamente idénticos a los que regulan la actuación individual del abogado independiente, teniendo como base la naturaleza de la relación establecida<sup>423</sup>.

En eso se incluye, lógicamente, los deberes profesionales básicos derivados del arrendamiento o prestación de servicios, especialmente los de buena fe y fidelidad, que son consecuencia de la naturaleza *intuitu personae* del vínculo formado, atrayendo la incidencia de los arts. 1.258 y 1.544 del Código Civil español.

El art. 28 del Estatuto de la Abogacía permite que los abogados ejerzan la profesión colectivamente, bajo cualquier de las formas regularmente admitidas en derecho, incluidas las sociedades mercantiles<sup>424</sup>. Siempre será facilitada la identificación

---

<sup>423</sup> YANES, 2007, p. 129, afirma: “Que la sociedad profesional responda de sus deudas con todo su patrimonio no supone, en efecto, originalidad alguna. Salvo casos excepcionales, es lo que ocurre con cualquier deudor, y lo que ocurre con cualquier sociedad deudora, que responden de sus deudas con todos sus bienes, presentes y futuros (artículo 1911 CCiv), sin que estemos autorizados a discriminar, al menos en este primer plano de análisis, la diferente etiología de la deuda, si originada por la actividad profesional o no. Y, en todo caso, unas veces la responsabilidad social tendrá la consideración de responsabilidad contractual (que es lo que ocurrirá cuando la sociedad haya contratado con un cliente o usuario de sus servicios profesionales y en ese marco negocial se haya producido un supuesto de responsabilidad que funde la acción del éste contra aquélla) e incluso de responsabilidad extracontractual cuando el daño sobrevenido al tercero se derive de una causa extraña a una relación contractual.”

<sup>424</sup> MORALES, 2008, p. 100.

de sus integrantes, que no podrán trabajar en una oficina particular propia.

Por otro lado, el incumplimiento de los deberes asumidos por la entidad se somete a lo establecido en los arts. 1.101 y siguientes del Código Civil español, de forma que el éxito de una acción de indemnización de daños estará condicionado al cumplimiento de los requisitos establecidos en las referidas normas: obligación constituida entre las partes, incumplimiento del obligado y ocurrencia de daños debido a ese incumplimiento, generando un vínculo de causa y efecto.

En Brasil, dichos organismos se sitúan dentro del concepto de sociedades, las cuales pueden, en carácter genérico, ser simples o empresarias. Estas últimas, que no son ideales para la formación de entes entre abogados, pueden asumir cualquier de las formas previstas en ley, en especial como sociedades limitadas, anónimas, en nombre colectivo, etc.. Ya las sociedades simples no tienen esa connotación empresaria, formándose a través de la celebración y registro de un contrato, el cual puede establecer objetos lícitos de cualquier naturaleza.

La finalidad más común es la prestación de servicios, desde que no se caracterice como propia de las personas jurídicas empresarias<sup>425</sup>. La sociedad profesional es la responsable por el cumplimiento del contrato de prestación de servicios, debiendo responder por los daños y perjuicios que ocasionar a los clientes. Sin embargo, esa responsabilidad no recae solo sobre la persona

---

<sup>425</sup> ROSSI, 2007, p. 128.

jurídica, pero también sobre sus miembros y otros sujetos que actúen en la situación generadora de daños<sup>426</sup>.

En el momento en que se reúnen en sociedad, los abogados dejan de lado la identidad profesional individual, pues pasan a integrar un universo con personalidad jurídica distinta de la de cada sujeto que la integra. La persona jurídica así constituida absorbe la figura aislada de sus miembros, reuniendo todo bajo una única – y nueva – personalidad. Así, quien contrata los servicios de este ente ideal no está pactando con cualquier de sus componentes específicamente considerados. Los derechos y los deberes son, por un lado, de la entidad abstracta, y por otro, de quien toma los servicios.

La sociedad de abogados no tiene forma jurídica empresarial, pues está formada por abogados-miembros con objetivo de prestar servicios de carácter intelectual. Además de este elemento práctico y objetivo, existe aún una norma jurídica que corrobora todo esto. El art. 966 del Código Civil afirma que es considerado empresario el que ejerce profesionalmente actividad económica organizada para la producción o circulación de bienes o servicios.

El párrafo único de la citada norma, decisivo para el raciocinio realizado, aún afirma: *“No se considera empresario el que ejerce profesión intelectual, de naturaleza científica, literaria o artística, aunque con el apoyo de auxiliares o colaboradores, excepto si el ejercicio de la profesión constituir elemento de la empresa”*. De esto se infiere la forma no empresarial de las sociedades de abogados.

---

<sup>426</sup> ALBIEZ DOHRMANN, 2007, p. 342.

En verdad, la forma adecuada para su constitución es la de sociedad simple, pues habría dificultades de encuadramiento en otro formato.

### **8.1.2 Elementos relativos a la naturaleza de la sociedad en el Derecho comparado**

En España, existe la denominada Ley de las Sociedades Profesionales (Ley n. 2/2007, de 15.03.2007), que disciplina el tema. Antes de ella, no había consenso entre una de las siguientes alternativas: admitir únicamente la utilización de las formas societarias en que los socios responden de forma personal e ilimitada por las deudas de la sociedad, o, entonces, permitir la adopción de cualquier forma societaria, estando entre estas las sociedades de capitales, pero diferenciándose claramente la responsabilidad por las deudas sociales y la responsabilidad personal del profesional por los daños derivados de su mala actuación<sup>427</sup>. La Ley de las Sociedades Profesionales adoptó esta última alternativa, adaptando, sin embargo, diversos elementos para posibilitar un encaje de los tipos sociales vigentes al estatuto específico de los profesionales liberales. El tema también es regulado por el Estatuto General de la Abogacía, que en su art. 28.7, al igual de lo que ocurre con la Ley de las Sociedades Profesionales, afirma que los abogados, en el ejercicio de su

---

<sup>427</sup> ALBIEZ DOHRMANN et al., 2007, p. 379.

profesión, están sometidos a la responsabilidad civil cuando, por dolo o negligencia, ocasionaren daños a los intereses del cliente.

El hecho de que el cliente haya acordado la prestación del servicio del profesional con la sociedad, implica que esta asuma, debido a su personalidad jurídica, la condición de deudora principal de la actividad profesional y la eventual responsabilidad por el inexacto, defectuoso o ausente cumplimiento de las obligaciones asumidas.

La responsabilidad, entonces, se efectuará sobre el patrimonio social, pero también sobre el patrimonio personal del socio que desarrolló la actividad. Por otro lado, irá recaer sobre el acervo patrimonial personal de todos los socios, incluso en caso de débitos societarios que no se relacionan con la actividad profesional propiamente dicha, cuando el contrato sea celebrado con formas societarias que no limitan la responsabilidad de sus miembros<sup>428</sup>.

El ordenamiento jurídico francés fue uno de los primeros que reguló el tema, ejerciendo una fuerte influencia sobre los demás ordenamientos europeos. En lo que se relaciona con las sociedades destinadas a congregarse profesionales liberales, la Ley n. 90-1258, de 31.12.1990, admite que dichas sociedades puedan adoptar cualquier de los tipos mercantiles legalmente previstos para su formación. A todo esto, también se aplica la Ley n. 66-879, de 29.11.1966, que regula las sociedades civiles de profesionales liberales. Sin embargo, debido a las disparidades existentes entre

---

<sup>428</sup> ALBIEZ DOHRMANN, 2005, p. 167.

las diversas profesiones, el legislador francés disciplinó en decreto cada una de las especies.

Las referidas disposiciones, empezando por la ley más antigua, hacen una distinción nítida entre las deudas sociales y las deudas originadas del ejercicio de las actividades inherentes a la persona jurídica. En el primer caso, habrá responsabilidad directa de la sociedad. Todavía, caso esta no esté en condiciones de soportar las imposiciones, todos los socios responderán de forma ilimitada y solidaria. En el segundo caso, el socio actuante responde personalmente con todo su patrimonio por los actos profesionales que practicar, quedando vinculada, en carácter solidario, la sociedad. Quién efectivamente reparar el daño tendrá garantizado en su favor el derecho de regreso contra los demás, por la cuota parte de cada uno<sup>429</sup>.

La ley más reciente, a su vez, posibilitó un avance en la regulación del asunto. Ella admite que el ejercicio común de la profesión sea realizado bajo la forma de sociedad de capital. Caso sea una sociedad anónima, una sociedad de responsabilidad limitada o una sociedad de comandita por acciones, será necesario diferenciar, también, las deudas sociales de las que se originan del ejercicio de la actividad profesional.

La finalidad de disciplinar de esta forma el tema es la de evitar que ocurra una confusión indebida entre los distintos acervos, lo que, en el caso de responsabilidad civil de la entidad o del profesional individualmente considerado, podría ocasionar aún más

---

<sup>429</sup> ALBIEZ DOHRMANN et al, 2007, p. 383.

dificultades para el perjudicado. No se puede olvidar que el mecanismo idealizado por el ordenamiento jurídico termina creando un sistema interno de protección entre los participantes de las entidades abstractas, evitando con que respondan siempre e ilimitadamente por todos los daños ocasionados en el ejercicio de la actividad.

El patrimonio de la sociedad responde por las deudas sociales, siendo limitada la responsabilidad de los socios, para este fin, a los valores que cada uno aportó en la persona jurídica. Ya los eventos lesivos relacionados con la práctica de actos inherentes a la profesión deberán ser imputados, solidariamente, a los socios actuantes o accionistas – con todo su patrimonio – y a la sociedad. En el caso de sociedades de participación, que no tienen personalidad jurídica y tampoco autonomía patrimonial, la ley determina la existencia de responsabilidad solidaria e ilimitada ante terceros por las obligaciones contraídas individualmente por los socios en estas condiciones<sup>430</sup>.

En Alemania, existe la Ley de Sociedades Profesionales Liberales, de 25.07.1994, que establece la existencia de entes ideales sin personalidad jurídica. A esta se suma una ley de 31.08.1998, que trata, entre otras profesiones, de la abogacía en sociedad. La ley general prevé la responsabilidad solidaria entre los socios y la sociedad. En caso de una mala prestación de servicios, la responsabilidad será, principalmente, de los socios que actuaron concretamente, o de los que asumieron funciones de dirección o de

---

<sup>430</sup> ALBIEZ DOHRMANN et al, 2007, p. 383.

fiscalización del ejercicio profesional. Ya la ley específica, prevé la creación de sociedades que funcionarán bajo un sistema de responsabilidad limitada del abogado.

En suma, la norma hace con que recaiga exclusivamente sobre la sociedad el deber de resarcir, en los casos en que haya contratado un seguro, previsto en la ley como obligatorio. Si la cobertura no fue realizada, o si su amplitud no es suficiente para reparar los daños ocasionados, la responsabilidad incidirá de forma concurrente sobre todos los socios – no solo sobre los que hayan actuado en el plan concreto – y sobre la sociedad, incluso sobre sus dirigentes. Si existe una cobertura parcial, la responsabilidad será concurrente apenas en relación a la parte no abarcada por el seguro.

Italia no se preocupó en crear una norma específica para disciplinar las sociedades profesionales. Sin embargo, teniendo en cuenta la Directiva 98/5/CE, de 16.02.1998, que busca viabilizar el ejercicio de la profesión de abogado en un Estado Miembro distinto del cual el sujeto obtuvo el diploma, el legislador creó la sociedad profesional de abogados, la cual actúa en nombre colectivo. En lo que se relaciona a la responsabilidad por deudas sociales, el reglamento distingue las que se originan de la actuación social de las demás obligaciones contraídas por la sociedad.

En el primer caso, la responsabilidad será limitada y personal del socio o de los socios que hayan actuado en la situación concreta. No obstante, la sociedad también responderá con su patrimonio, pero la ley no informa si esto ocurrirá de forma solidaria

o subsidiaria. En caso de deudas que no dicen respeto al ejercicio de la profesión, la responsabilidad recae sobre todos los socios, en carácter ilimitado y solidario, excepto cuando en el acto constitutivo del ente ideal, esté previsto expresamente lo contrario<sup>431</sup>.

## **8.2 Criterios de la responsabilidad de la sociedad de abogados**

### **8.2.1 Especie de responsabilidad aplicable**

Tras abordar el tema de la estructura de las sociedades de abogados y de la situación comparada, cabe profundizar el examen de la realidad jurídica en cuanto a la responsabilidad de dichas entidades por los daños ocasionados en el ejercicio de la actividad profesional. Cabe observar, desde luego, que la responsabilidad civil profesional de las sociedades de abogados no se encuadra en la moderna teoría del riesgo y de la responsabilidad casi objetiva. Solamente con la cabal demostración del elemento culpa es que será posible obligar a la sociedad y a los profesionales a reparar los daños ocasionados al cliente<sup>432</sup>.

La ley n. 2/2007 (LSP) terminó prácticamente equiparando, en España, el mecanismo de afirmación de la responsabilidad civil de las sociedades profesionales de abogados con aquél que ya estaba en vigor hacía tiempo y trataba de la responsabilidad de los centros

---

<sup>431</sup> ALBIEZ DOHRMANN et al, 2007, p. 385.

<sup>432</sup> MORALES, 2008, p. 102.

médicos. En otras palabras, la imputación de responsabilidad a las oficinas de abogacía que albergan una sociedad profesional es similar a la que se aplica a los conglomerados médicos.

La referida ley afirma que las sociedades de abogados se someten a las reglas generales de la responsabilidad civil contractual o extracontractual. Antes de la vigencia de la nueva legislación había una serie de dudas y controversias. No era pacífica la cuestión de si todos los abogados deberían responder conjunta y solidariamente ante el perjudicado, o si sería posible, en los casos en que existe una división de atribuciones funcionales dentro de una misma sociedad, atribuir el deber de indemnizar apenas a los abogados que integrasen un determinado sector, responsable por las actividades necesarias para el desarrollo del trabajo exigido por el cliente<sup>433</sup>.

El art. 11 de la ley 2/2007 regula el régimen de responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los profesionales. La entidad responde con todo su patrimonio por las deudas sociales, mientras que los abogados, responderán conforme las reglas de la forma social que fue libremente adoptada. Sin embargo, por las deudas derivadas de actos profesionales propiamente dichos, responderán de forma solidaria la sociedad y los abogados, socios o no, que hayan actuado en la situación analizada. Se aplican, en este contexto, las reglas generales de la

---

<sup>433</sup> MARTÍ MARTÍ (2005, p. 41) observa: “Podemos estar, incluso, ante una situación en la que la jurisprudencia instaure un nuevo concepto, que hemos denominado contratos de servicios jurídicos, al igual que en la responsabilidad civil médica denomina “contrato de hospitalización” y que, para el despacho de abogados, podría suponer la responsabilidad solidaria con los terceros subcontratados (gestores administrativos, por ejemplo).”

responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan al caso en cuestión<sup>434</sup>.

Cabe mencionar que la legislación especial española hace con que el deber de indemnizar los eventuales daños ocasionados recaiga sobre todos los profesionales, socios o no, que hayan actuado, aplicándoseles las reglas generales sobre responsabilidad contractual o extracontractual. Esto significa que, por ejemplo, los colaboradores ocasionales (como los abogados que no pertenecen a la persona jurídica pero que fueron llamados a opinar) quedan vinculados a la suerte de todos los demás profesionales que intervinieron.

Así, la situación en que estos se encuentran ante el cliente es de responsabilidad solidaria, cabiendo discutir, posteriormente, en una demanda autónoma, acerca de la distribución interna de los encargos resultantes de la indemnización pagada. Este debate tendrá por base las reglas del contrato social, si este tratar del tema, o, entonces, la disciplina general y común de la responsabilidad civil.

La responsabilidad solidaria de la sociedad, de los abogados y de los colaboradores beneficia claramente a los usuarios de los servicios, los cuales pueden demandar, indistintamente, cualquiera de los mencionados personajes<sup>435</sup>. Esa solución, como ya mencionado, tiene como objetivo preservar el derecho del cliente, ya que no se puede exigir de este que conozca la realidad societaria y señale específicamente todos los que de algún modo

---

<sup>434</sup> MORALES, 2008, p. 103.

<sup>435</sup> ALBIEZ DOHRMANN, 2007, p. 242.

intervinieron en el tema. No deja de existir, aquí, un cierto espacio para la utilización de la teoría de la apariencia, de forma que la contratación de la sociedad personificada, y no solamente de algún socio individualmente, autoriza al perjudicado a demandar la persona jurídica y a cualquiera de sus agentes, o, conforme su libre elección, apenas algunos de estos.

El objetivo de la mencionada ley es el de instaurar un efectivo régimen de responsabilidad civil solidaria, abarcando el abogado y la sociedad profesional ya creada, o la que él tenga la obligación de crear, lo que se daría a través de un mecanismo de coparticipación de los trabajos de naturaleza económica con otros profesionales<sup>436</sup>.

Todo lo dicho hasta ahora también se aplica a los agrupamientos de hecho de profesionales, que actúan como si fueran verdaderos entes personificados ante el cliente. Debido a la necesidad de atención y garantía a los intereses del perjudicado, y considerando la aparente regularidad constitutiva, la responsabilidad civil de las sociedades profesionales irregulares, que no tienen registro formalizando su existencia ante el órgano competente, y que existen apenas en el plano fáctico, es idéntica a la de los organismos creados conforme las normas legales pertinentes.

Al contratar una sociedad profesional de abogados, el cliente asume la condición de tomador de los servicios, al paso que el ente abstracto pasa a ser el proveedor o prestador. De un lado, como

---

<sup>436</sup> MARTÍ MARTÍ (2005, p. 42), sobre el tema, pondera: “En definitiva, nos encontramos ante lo que el autor denomina ‘nuevo estadio de la responsabilidad civil del Abogado’, que permitirá al reclamante que ha padecido el error del abogado, demandar a éste y, solidariamente, a la sociedad profesional del que forma parte; y, conjuntamente con éstos la compañía aseguradora de la responsabilidad civil de ambos.”

parte contratante está la sociedad, representada por quien sus actos constitutivos indicaren. De otro, se encuentra el sujeto que tiene interés en los préstamos ofrecidos por la persona jurídica, cuyo derecho se concentra, fundamentalmente, en las obligaciones contraídas por el ente ideal.

### **8.2.2 Creación del vínculo de consumo en Brasil**

Conforme la legislación brasileña existe una relación de consumo basada en el Código de Defensa del Consumidor. Como afirmado anteriormente, el art. 14 de la referida norma prevé: *“El proveedor de servicios responde, independientemente de la existencia de culpa, por la reparación de los daños ocasionados a los consumidores por defectos relativos a la prestación de los servicios, como también por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su fruición y riesgos”*. Por otro lado, el § 4º del mismo Código afirma: *“La responsabilidad personal de los profesionales liberales será apurada a través de la verificación de culpa”*. La cuestión que emerge es: ¿la sociedad de abogados tiene responsabilidad objetiva o subjetiva ante el cliente perjudicado durante la ejecución del contrato celebrado? Para tener una respuesta se necesita analizar algunas circunstancias.

Caso fuera contratado individualmente, el abogado solamente sería responsabilizado en el caso de que quedase cabalmente demostrada, por el cliente, la ocurrencia de una actuación culposa, la existencia de daños y el nexo de causalidad entre el

comportamiento del profesional y los perjuicios soportados por el contratante. En dicho contexto, no existe una base legal para argüir la hiposuficiencia del tomador de los servicios, ya que existe igualdad – o, como mínimo, una gran similitud – de condiciones para probar lo necesario para la solución del litigio.

No hay excepciones a la regla, ya que, en el caso en que no tenga los conocimientos necesarios o sea extremadamente humilde, el autor tendrá medios suficientes para, durante la instrucción del proceso, revelar las particularidades de la actuación del abogado. Esto podrá ocurrir, incluso, a través del nombramiento de un perito por el juez, que también es técnico en Derecho, tiene el dominio de la ciencia jurídica y la capacidad de verificar las condiciones de la actuación realizada.

En el caso de contratación de una sociedad de abogados, el tomador de los préstamos estará formando un vínculo jurídico con una estructura mucho más amplia que la que existe en el caso del abogado aisladamente considerado, pero no necesariamente en términos económicos, ya que el abogado, aisladamente considerado, puede tener más expresión financiera que toda la sociedad. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, queda clara la superioridad de fuerzas de la persona jurídica en una situación de litigio con el cliente. Esto ocurre pues se trata de una estructura que engloba una pluralidad de profesionales, surgiendo de esto la perspectiva de que es más fácil desencargarse del deber de presentar la prueba necesaria a su defensa.

Cabe observar que la excepción al principio de la responsabilidad, que es considerado regla general en el Código del Consumidor brasileño, está limitada a las cuestiones atinentes a los profesionales liberales. No alcanza, por lo tanto, las personas jurídicas de las que este sea miembro, o para las cuales actúe como prestador de servicios sin vínculo laboral o societario<sup>437</sup>. En efecto, el posicionamiento mayoritario defiende la aplicación de las normas referentes a la responsabilidad objetiva en la actuación de la sociedad de abogados ante sus clientes<sup>438</sup>.

Se afirma, por otro lado, que el profesional independiente, que actúa de forma autónoma, es un proveedor de servicios y tiene su responsabilidad sometida a las reglas de consumo, lo que no ocurre con la actividad desarrollada en virtud de una relación de empleo<sup>439</sup>. Realmente, cuando el abogado actúa como empleado de la sociedad, no puede ser técnicamente clasificado como un proveedor, evitando, de esta forma, la incidencia de la responsabilidad por hecho del servicio. El eventual deber de indemnizar recae, por lo tanto, sobre la entidad empleadora, con carácter objetivo, y esta solamente podrá demandar su empleado buscando un posible reembolso de los valores gastos, en el caso de que este haya actuado con culpa.

Las hipótesis mencionadas solamente se verifican en los casos en que los profesionales hayan constituido una sociedad de abogados conforme los mecanismos jurídicos exigidos. No habrá

---

<sup>437</sup> GONÇALVES, 2006, p. 256.

<sup>438</sup> ROCHA, 2005, p. 13.

<sup>439</sup> LÔBO, 2000, p. 25.

responsabilidad objetiva si existir apenas una sociedad de hecho entre los abogados de una misma oficina, pues no existirá, en este caso, la idea de hiposuficiencia del cliente ante una estructura jurídica personificada. Además, el contrato habrá sido celebrado específicamente con aquél profesional, y no con la persona jurídica con la cual se vincula.

### **8.2.3 La cuestión del mandato conjunto**

Un tema muy interesante es el de la responsabilidad civil derivada del mandato conjunto, es decir, del mandato que congrega diversos profesionales en un único instrumento, siendo indicados conjuntamente por el contratante como aptos para proteger sus intereses. Es frecuente la existencia de oficinas que congregan diversos abogados, sin que exista entre ellos una sociedad regularmente formada, pero, sí, una identidad de metas y la inserción de todos en la carta de poder previamente redactada por los profesionales.

Al admitir la colocación de su nombre en la carta de poder, conjuntamente con otros abogados, de la misma o de distintas oficinas, el abogado se somete a todos los deberes impuestos por la relación formada con el contratante. Eso ocurre aunque apenas uno o algunos de los nominados en el instrumento de mandato actúen efectivamente en la defensa de los intereses del cliente.

Esto ocurre, porque en la relación contractual no solamente se obligan ante el otorgante de poderes los que desarrollan, en la

práctica, actividades objetivando el cumplimiento de lo pactado. Por lo contrario, todos profesionales que consintieron que sus nombres estuviesen en la carta de poder son solidariamente responsables ante el cliente, en el caso de daños provocados, por cualquiera de ellos, con culpa o dolo.

El deber de uno es el de todos, existiendo un recíproco y claro deber de fiscalización y vigilancia en relación a la demanda y a la actuación de los colegas. El abogado que recibe y acepta el mandato para defender judicialmente al contratante asume los deberes y responsabilidad inherentes a su noble profesión mientras actuar en la demanda.

La omisión, sin el consentimiento previo del contratante, en relación a la interposición de cualquier recurso ordinario que se hace necesario para la defensa de los intereses del cliente, se configura como desidia de todos los otorgados en el mandato judicial, en los casos en que los poderes conferidos a los abogados, son para actuar en conjunto o aisladamente<sup>440</sup>. Aquél que indemnice al perjudicado tendrá derecho de regreso contra los colegas que ocasionaron el evento lesivo, llevándose en cuenta la proporción de la responsabilidad de cada uno, pudiendo ser determinada en la propia demanda o en una acción autónoma.

Cabe observar, por otro lado, que el simple hecho de que el nombre del abogado esté en la carta de poder, no significa que este haya sido contratado por el otorgante. Como se trata de una relación de formación bilateral, el contrato solamente se perfecciona

---

<sup>440</sup> Superior Tribunal de Justicia, Recurso Especial n. 2003/0177102-6, 19.02.2004.

con la manifestación de voluntad del profesional, en el sentido de aceptar el patrocinio de los intereses ajenos. En el caso en que varios profesionales actúan en la misma oficina, aunque no tengan una sociedad regularmente formada, la inserción de su nombre en la carta de poder ya suscita la perspectiva de que todos están obligados para con el cliente. Para este último será más fácil probar que los contrató en conjunto, en consecuencia de la reunión de todos los profesionales en la misma oficina.

Es bien verdad que de esto no resulta ninguna presunción, cabiendo al cliente probar el hecho de que contrató a todos, pudiendo utilizar para tanto, los medios ordinarios previstos en ley. Este problema, relacionado a la prueba, obviamente no existirá en el caso de que un contrato escrito entre el contratante y los distintos abogados haya sido celebrado, pues, así, quedará plasmada la vinculación de todos al objeto contractual común. Caso no exista contratación escrita, se deberá buscar otros medios de prueba, empezando, como dicho, por la constatación de la firma conjunta de los profesionales en la carta de poder otorgada.

Aunque actúen en la misma oficina, los profesionales que no mantienen una sociedad personificada, y cuyos nombres no constan en la carta de poder, no podrán ser responsabilizados por los daños generados al contratante. Ellos solamente se vincularían a la relación contractual si así hubiesen expresado su voluntad. Por lo tanto, como no recibieron poderes para actuar y tampoco integran la sociedad de abogados formalmente creada, son elementos extraños al vínculo establecido.

## **8.2.4 Incidencia de la teoría de la responsabilidad objetiva**

Como mencionado, las normas que determinan la responsabilidad subjetiva del profesional liberal se aplican únicamente al abogado que trabaja en un régimen individual y autónomo. Cuando el servicio jurídico es realizado por una sociedad de abogados, se entra en el ámbito de la responsabilidad civil objetiva, descartándose cualquier incidencia de la modalidad subjetiva, es decir, de aquella que depende de comprobación de culpa.

En los casos en que exista una personalidad jurídica propia de la sociedad de abogados, esta es la que quedará civilmente obligada a reparar los daños ocasionados a los clientes. Queda claro, así, que su responsabilidad será objetiva, independientemente de culpa en la provocación del incidente lesivo<sup>441</sup>. El elemento anímico de los miembros de la entidad es irrelevante, siendo suficiente que el contratante demuestre la ocurrencia del daño y la conducta del contratado, ya que de esto emergerá el deber de indemnizar, el cual solo no existirá en los casos previstos en ley (por ejemplo, cuando hay culpa exclusiva de la víctima).

Así, la responsabilidad de la entidad ideal es regulada por las normas que determinan la aplicación del criterio objetivo, es decir,

---

<sup>441</sup> RIBEIRO, 2003, p. 10.

independiente de la existencia de culpa. Es evidente que no se otorga una carta de poder para una sociedad de abogados, pero, aunque se emita un mandato para algunos socios determinados, la sociedad de abogados responderá de forma objetiva y, posteriormente, podrá ejercer su derecho de regreso contra el profesional culpado<sup>442</sup>.

Obviamente que la sociedad de abogados no se encaja en la definición de *profesional liberal*. Debido a esto, cabe reconocer que la persona jurídica constituida de esta forma responde objetivamente por los daños ocasionados al cliente. Y, así, solamente podrá excusarse de la obligación que le es imputada si demostrar: I- que, habiendo prestado el servicio, el defecto no existe; II- la culpa exclusiva del consumidor o de tercero.

Aunque sea así, es necesario observar otro aspecto de la situación del abogado que integra la sociedad. El art. 17 del Estatuto de la Abogacía y de la Orden de los Abogados de Brasil (Ley n. 8.906/94) establece: “*Además de la sociedad, el socio responde subsidiaria e ilimitadamente por los daños ocasionados a los clientes debido a una acción u omisión en el ejercicio de la abogacía, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinar que pueda existir.*” La norma tiene por objetivo proporcionar al contratante perjudicado una fuente económica adicional, facilitándole la efectiva composición de los daños sufridos. No se trata de establecer la responsabilidad objetiva del socio, y sí una obligación subsidiaria derivada de la ley.

---

<sup>442</sup> ROSSI, 2007, p. 132.

Caso la sociedad no repare los daños ocasionados al cliente, este podrá exigir del socio la reparación que, en principio, le era debida por la persona jurídica. Sin embargo, el requisito imprescindible para que se pueda exigir la responsabilidad subsidiaria del socio, es que antes haya sido frustrado, en la vía judicial, el intento de cobrar directamente de la sociedad. Si esta no fuese la intención de la ley, esta simplemente habría previsto la ocurrencia de responsabilidad solidaria en su forma pura.

De otro lado, al afirmar que el socio responde *ilimitadamente*, el ordenamiento está atribuyendo al abogado el deber de reparar la totalidad de los daños soportados por el cliente de la sociedad, independientemente de la participación fraccionaria que tenga en la entidad abstracta. Cabe decir, que tras el intento frustrado contra la sociedad, la víctima puede direccionar la demanda contra sus integrantes, estando libre para elegir cualquiera de ellos.

Tras ser reparado el daño, los socios pueden, en el ámbito interno, distribuir la responsabilidad en carácter fraccionado, desde que exista un pacto celebrado en este sentido. Esta solución se configura como la más adecuada para los casos en que hay una participación desigual de cada socio en el resultado final de la persona jurídica. De todas las formas, lo cierto es que en el ajuste de cuentas entre los socios prevalecerá la idea de que solamente los culpados soportarán la carga de la conducta lesiva, excepto cuando esto sea pactado de modo distinto.

El derecho de regreso de la sociedad contra el miembro culpado por la ocurrencia del daño deberá ser ejercido en una

demanda autónoma. No se admite que se haga dentro de la misma acción ordinaria movida por la víctima contra la persona jurídica.

### **8.2.5 Una visión comparada de los modelos de responsabilidad**

En el derecho comparado, cabe mencionar la existencia de legislación que regula el funcionamiento de las sociedades profesionales. En esta, se admite la existencia de una clase diferenciada de colegiado profesional, denominado sociedad profesional. La preocupación mayor del legislador es con la protección del cliente que contrata los préstamos del organismo abstracto, de forma que pueda, en caso de que sufra daños debido a una mala conducta de los profesionales que integran la persona jurídica, buscar la debida reparación con la máxima rapidez y eficiencia. Así, se amplió la gama de sujetos pasibles de ser responsabilizados y se profundizó la responsabilidad de cada uno en general.

Ese nuevo modelo aún exige que el abogado cumpla rígidos requisitos para ingresar en la abogacía, de forma que también quede habilitado para acceder al grupo ideal formado para prestar servicios jurídicos celebrados mediante pactos de voluntad. La creación de entidades destinadas a ese fin, no se restringe a una

única modalidad, siendo posible optar por cualquier forma societaria prevista en la legislación española<sup>443</sup>.

Confrontado con el *status quo* del ordenamiento jurídico brasileño, el citado modelo español se muestra mucho más rígido con los abogados. Eso ocurre porque en Brasil la responsabilidad de las sociedades abarca apenas aquellas regularmente constituidas, y, en caso contrario, el deber de indemnizar recae apenas sobre los abogados que efectivamente representaron el contratante conforme el mandato recibido o la relación formada.

En ese caso, la responsabilidad podrá ser de naturaleza solidaria, desde que la conducta de los profesionales se configure como acto ilícito. En caso contrario, habrá responsabilidad individual, mensurada conforme la participación de cada abogado en la situación concretamente examinada. Luego, las sociedades consideradas *irregulares*, es decir, las que no se formaron conforme las reglas vigentes, no podrán ser responsabilizadas como se fuesen entes ideales regulares.

En España, prevalece la idea de responsabilidad incluso de las dichas sociedades irregulares, que se configuran en el ejercicio de la abogacía conjunta ante una denominación común, aunque no tengan registro en el órgano competente. Un factor innovador fue la

---

<sup>443</sup> MOREO ARIZA (2007, p. 26), comentando el proyecto de ley que creó las normas vigentes, dijo: “El texto del Proyecto tiene por objeto posibilitar la aparición de una nueva clase de profesional colegiado, que es la sociedad profesional, que queda sometida a un nuevo régimen legal para garantizar la seguridad jurídica y los derechos de los clientes, que ‘ven ampliada la esfera de sujetos responsables’. Para integrarse en esas sociedades es necesario tener la condición que se exigirá para el ejercicio individual de la profesión y, por ello, los abogados deberán estar adscritos a un colegio profesional. En su constitución podrán las sociedades servirse de cualquiera de las formas previstas en la legislación vigente, debiendo en todo caso inscribirse en el Registro Mercantil así como en el Colegio Profesional respectivo, existiendo incluso constancia informativa en Internet a través del Ministerio de Justicia.”

implementación de la responsabilidad civil de los profesionales que emiten colectivamente las facturas, minutas o recibos, de lo que se extrae que no es necesaria una efectiva actuación conjunta en representación del contratante. Es suficiente, en este caso, para que exista responsabilidad civil solidaria, que exterioricen el hecho de que la actividad es desarrollada en provecho común, emergiendo de esto, sin cualquier duda, una *affectio societatis* no trasmudada para el plan registral.

Cabe destacar, también, que la ley española prevé expresamente la responsabilidad solidaria de la persona jurídica, del socio que practicó el acto dañoso y del no socio que intervino en la actividad lesiva desarrollada. En Brasil, este panorama solamente existiría en caso de práctica de acto ilícito, ya que la solidaridad deriva apenas de la ley, de la manifestación de voluntad o del acto ilícito; y no existe ninguna ley, relativa al ejercicio de la abogacía, que establezca esa forma solidaria de resolver el problema.

Cabe observar, aún, que la responsabilidad civil de las sociedades profesionales no se constituye solamente por el contrato expresamente celebrado entre las partes. Esta es solo una de las posibilidades, pues ni siempre existirá un acuerdo de voluntades disciplinando las consecuencias de una eventual actividad dañosa protagonizada por el ente ideal. En los casos en que la sociedad actúa y ocasiona perjuicios a otro sin que exista un contrato entre los implicados, deberán incidir los preceptos de la responsabilidad civil extracontractual, basada en los cánones legales pertinentes. Esto no impide que el perjudicado busque una indemnización,

debiendo utilizar las reglas civiles de la responsabilidad sin contrato para orientar la actividad y sus reflejos<sup>444</sup>.

La situación es distinta en Alemania, donde la ley prevé la responsabilidad exclusiva de la sociedad. Dicha postura se relaciona con el hecho de que en este país la persona jurídica que congrega los abogados es una sociedad de capital, de responsabilidad limitada. La responsabilidad civil, aquí, es concebida como una compensación económica y no como una indemnización. Sin embargo, es obligatoria la contratación de un seguro profesional, de forma que solamente en los casos en que este no se haya efectuado, es que existirá la responsabilidad concurrente de la sociedad, de los socios y de los gestores<sup>445</sup>.

---

<sup>444</sup> ALBIEZ DOHRMANN et al (2007, p. 398) enseña: “Determinar cuándo la responsabilidad es contractual y cuándo extracontractual constituye a priori una tarea fácil: si el hecho causante del daño consiste en el incumplimiento de una relación jurídica previa – normalmente de origen contractual – la responsabilidad que surja será de carácter contractual; si, por el contrario, el daño se ocasiona fuera del marco del contrato, la responsabilidad del autor se regirá por los preceptos de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, la distinción anterior, evidente en el plano teórico, plantea numerosos interrogantes cuando se desciende a la práctica. Así, en numerosas ocasiones resultará difícil señalar los límites de la responsabilidad a partir de los cuales se puede hablar de responsabilidad extracontractual, debido a que, ente ambas responsabilidades, existen importantes zonas de confusión. Esto es, precisamente, lo que sucede en el seno de las sociedades profesionales.”

<sup>445</sup> ALBIEZ DOHRMANN, 2007, p. 391.

## **CAPÍTULO IX.- LIMITACIÓN Y SUPRESIÓN CONVENCIONAL O LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD**

### **9.1 Visión general del tema**

La responsabilidad civil, como visto, deriva del vínculo establecido entre la conducta y el resultado dañoso. Funciona como una garantía del perjudicado, que permite el progreso de la demanda intentada contra el autor de la lesión, consecuencia de la aplicación de la teoría de la responsabilidad civil.

El ordenamiento jurídico se compone de normas que a veces deben y a veces pueden ser seguidas fielmente. Imperativas o prohibitivas son las que deben ser necesariamente observadas, son inmutables por la voluntad individual, en su esencia. Otras son indicativas, revelando el camino a ser seguido, pero cuya ejecución puede ser alterada a través de una conjunción de factores, entre los cuales destaca el elemento volitivo.

Los principios inmutables por la simple voluntad humana se denominan *de orden pública*, y los que se pueden alterar conforme la conveniencia de las relaciones jurídicas se denominan *de orden privada*. Básicamente, son principios de carácter público los que se relacionan con las reglas del servicio público, con los aspectos especiales de las relaciones jurídicas entre particulares (Derecho de Familia, por ejemplo) y con las relaciones de consumo y la seguridad de estas relaciones. Los de carácter privado, por otro lado, pueden ser modificados por los interesados, pues dicen respeto a cuestiones específicas y restringidas a los implicados, sin macular el orden social y jurídico en lo que se refiere a su direccionamiento colectivo.

Gran parte de las normas que regulan los contratos son de naturaleza privada, pues disciplinan negocios que en la mayoría de las veces solamente interesan a las partes, no influyendo en puntos esenciales del orden establecido con eventuales alteraciones pactadas.

La doctrina, frecuentemente, se depara con cuestiones complejas: si este o aquél principio es de orden pública, y, por lo tanto, inderogable por el impulso volitivo, o de carácter privado, sujeto a la injerencia de la voluntad de las partes. También hay debate acerca de las normas que disciplinan la responsabilidad civil. La repercusión práctica de una posible conclusión acerca del tema es inconmensurable, ya que si se admite que es regulada por disposiciones de orden privada, la responsabilidad civil podría ser objeto de la denominada “*convenção de afastamento da*

*reparabilidad*”, que nada más es que un acuerdo de voluntades por medio del cual la parte que estaría, en tesis, obligada a indemnizar estipula su liberación ante la constatación de daños que eventualmente ocasiona, desde que, evidentemente, no haya actuado dirigida e intencionalmente.

Si se considera las reglas de la responsabilidad civil como siendo de orden pública, sería inviable adoptar la citada convención en las relaciones jurídicas en general, considerándose como no existentes las particularidades estipuladas, aunque de forma expresa. La teoría más moderna admite la determinación, por los interesados, de un pacto destinado a alejar el deber jurídico de indemnizar, especialmente cuando se trata de encargar a un tercero la responsabilidad, por medio de un seguro regularmente constituido<sup>446</sup>. De esta forma, la convención, o acuerdo de voluntades entre las partes, puede tener, conforme el tema en cuestión, la prerrogativa de imputar a una de ellas la obligación, aunque teóricamente subsista la responsabilidad, instituida por el legislador de forma abstracta y en sí misma obligatoria.

Cabe añadir, que para la validez de la convención debe haber una prueba concreta acerca de la lisura de la misma, ya que se somete a todos los requisitos de los actos jurídicos en general. Si no se prueba que se cumplieron todos los requisitos, permanecerá

---

446 SILVA PEREIRA (1990, p. 247), tratando especialmente del acuerdo de voluntades en la celebración de un seguro para descartar la responsabilidad directa de la persona que potencialmente podría ser obligada a indemnizar, se posiciona en el sentido de que si las partes pactan una cláusula penal, predeterminan las pérdidas y daños. Así, cuando existe un seguro, el responsable por la reparación queda fuera del pagamiento. Concluye afirmando que si todo esto es lícito, viable y práctico, no se puede intentar impedir que la convención excluya la responsabilidad.

intacta la responsabilidad civil de agente, y también la obligación de reparar el perjuicio experimentado por el perjudicado.

Exceptuados los casos específicos de índole pública, que existen en un número expresivo, todo lo demás puede ser pactado. Eso porque, en regla, los principios orientadores de la responsabilidad civil penden para el ramo privado del orden jurídico, siendo lícito abdicar ciertas garantías legales. Lo que vale, en un primer plano y dentro de ciertos límites, es la voluntad humana, aplicándose la letra integral de la ley cuando no se prevea de forma expresa, cierta e indubitable la “*convenção de afastamento da reparabilidade*”.

Cuando ocurre un accidente de tráfico, por ejemplo, el perjudicado puede, libre y espontáneamente, dejar de demandar al causador. ¿Por qué estaría impedido, entonces, de expresamente abdicar de de la facultad que, *a priori*, le concedió la ley? Lo mismo se aplica en lo relacionado a la responsabilidad contractual, la cual puede ser suavizada o suprimida a través del libre acuerdo de voluntades. En ambas situaciones no es posible invocar la invalidez de la convención o la cláusula liberatoria, sea cual sea el pretexto alegado, excepto en el caso de negocios jurídicos irregularmente constituidos.

En el caso de los contratos considerados de *adhesión*, es muy discutible la viabilidad de la convención que suprime la obligación de reparar. Eso ocurre porque hay, como dice el propio nombre, una voluntad que se une a la otra, en gran parte de las veces apremiada por las circunstancias. El éxito, en este tipo de

contratación, estará condicionado a la prueba concreta, real e inequívoca de la manifestación de las partes implicadas en pactar aquella cláusula, bajo pena de que se la considere nula. La prueba se somete a los mecanismos ordinarios admitidos en derecho, a no ser que no se discuta la lisura del procedimiento que determinó la no reparación

Existen excepciones en cuanto a la posibilidad de supresión de la obligación de reparar, desconsiderando las discusiones sobre el carácter del reglamento de la responsabilidad civil, analizadas en el principio de este apartado. El Código de Defensa del Consumidor, Ley 8.078, de 11 de septiembre de 1990, establece, en su art. 25: “*Se prohíbe la estipulación contractual de cláusula que imposibilite, exonere o atenúe la obligación de indemnizar prevista en esta y en las Secciones anteriores (...)*”. En este caso, la disposición asume características de orden pública, imposibilitando la supresión convencional del deber de recomposición derivado de la conducta vedada.

## **9.2 La cláusula en la abogacía**

### **9.2.1 Naturaleza de las cláusulas de limitación de la responsabilidad**

Las cláusulas que determinan el contenido del contrato se refieren a la fisiología de la obligación, conectándose directamente con su nacimiento, vida, desarrollo y cumplimiento. Por otro lado,

las cláusulas que limitan la responsabilidad se refieren a la patología de la obligación, a su incumplimiento, teniendo eficacia solamente después que la prestación original se hizo imposible debido a un acto del deudor<sup>447</sup>. Cuando el incumplimiento de la prestación no es culposo, el deudor queda automáticamente liberado, sin la necesidad de que exista cualquier cláusula. Si hay culpa, será de la cláusula pactada que emergerá la inmunidad del profesional que contrajo la obligación.

El seguro de responsabilidad civil y las cláusulas contractuales limitativas de la responsabilidad andan en el mismo sentido cuando analizamos su finalidad, ya que ambas se destinan a resguardar, de la forma más amplia posible, al sujeto a quien se dirige la disciplina legislativa de la responsabilidad contractual. Se distinguen, todavía, en cuanto al tratamiento dispensado al perjudicado, pues mientras que en el primer caso este recibe integralmente el contenido de su interés afectado, en el segundo queda sin cualquier tipo de indemnización<sup>448</sup>.

### **9.2.2 La exclusión parcial y la exclusión total de la responsabilidad**

La cuestión a ser analizada en este punto se relaciona con la posibilidad de insertarse o no, en el contrato celebrado entre el abogado y el cliente, una cláusula que limita el deber de indemnizar

---

<sup>447</sup> GARCIA AMIGO, 1965, p. 16.

<sup>448</sup> GARCIA AMIGO, 1965, p. 17.

derivado de las normas contractuales o de la propia ley. Una importante corriente doctrinal defiende la existencia de convenciones con esta naturaleza<sup>449</sup>. Todavía, el tema debe ser abordado con cautela, especialmente cuando se trata de una relación sometida al Código de Defensa del Consumidor y normas comunes.

No es raro, en las relaciones establecidas con profesionales liberales del ámbito de la abogacía y médico, que exista una cláusula que busque eximir o atenuar la responsabilidad civil del agente en el caso de que se verifique la ocurrencia de daños. En este caso, al abdicar de la protección que normalmente tendría, el contratante no podrá, posteriormente, reclamar una indemnización por los perjuicios sufridos durante la ejecución del contrato.

La exclusión parcial de la responsabilidad civil, por medio de la inserción de una cláusula contractual, no prevalece en los casos de sumisión del vínculo a las reglas de consumo. La relación establecida entre el abogado y el cliente es de consumo, y las normas que regulan el tema son de orden público, independientemente de la voluntad de las partes. Luego, los deberes legalmente atribuidos al abogado como elementos básicos para el desarrollo de su trabajo (lealtad, información, cumplimiento de plazos procesales, comparecencia a las audiencias, etc.), no pueden ser eliminados o reducidos por medios de una cláusula pactada entre los celebrantes.

---

449 GOMES (1997, p. 158) afirma que la responsabilidad puede ser contractualmente ablandada, siendo necesario, para esto, que dicha atenuación esté expresamente prevista en una cláusula.

La supresión completa de la responsabilidad civil del abogado, derivada de la voluntad de las partes en el contrato, sigue el mismo camino antes mencionado en relación a la eliminación parcial de la perspectiva de responsabilidad del profesional. También conocida como ajuste excluyente de la responsabilidad, deriva de la expresa previsión de que el abogado no indemnizará cualquier perjuicio soportado por el cliente. Es una previsión nula, pues afronta directamente el Código de Defensa del Consumidor.

Existen opiniones en sentido contrario, especialmente en relación a la validez y a la eficacia del acuerdo de voluntad para excluir el deber de indemnizar, afirmando que solamente sería plenamente viable en el caso de culpa leve o levísima. Rechazan esa solución, sin embargo, en los casos de culpa grave o dolo, pues consideran que, en estos casos, siempre se deberá asegurar al perjudicado la posibilidad de reclamar la reparación de los daños contra quien los ocasionó<sup>450</sup>.

Sin embargo, esa postura es considerada demasiado liberal en el Derecho brasileño y no subsiste. Se considera abusiva y, de cierta forma, nula, cualquier cláusula de este género. La actividad de abogacía engloba temas que están por encima del simple interés individual, proyectando sus reflejos sobre toda la sociedad. Aunque los temas en discusión se refieran exclusivamente al derecho particular del cliente, no se puede olvidar la importancia de una

---

450 REPRESAS (1996, p. 134) admite la validez y la eficacia de la cláusula que excluye la responsabilidad en caso de culpa leve o levísima, pues, ni la concordancia del cliente tendría el poder de suprimir las consecuencias del dolo o de la culpa grave. También acepta la viabilidad de esa previsión con el objetivo de atenuar la responsabilidad civil derivada de algunas consecuencias de la falta culposa de adimplemento, cuando no existir culpa grave o dolo.

correcta distribución de la justicia. Y una de las formas de así proceder, es atribuyendo a los abogados la responsabilidad civil en los casos en que provoquen daños a sus clientes, de forma que la posibilidad de incidencia de normas atinentes a la responsabilidad actúe como un freno para las conductas menos recomendadas.

En Brasil, el tema es expresamente disciplinado en el art. 24 del Código de Defensa del Consumidor, que establece: “*La garantía legal de adecuación del producto o servicio independientemente de un termo expreso, vedada la exoneración contractual del proveedor*”. El art. 25, a su vez, dispone: “*Es vedada la determinación contractual de cláusula que imposibilite, exonere o atenúe la obligación de indemnizar prevista en esta y en las Secciones anteriores*”. Si se considera que la actividad de los profesionales liberales también es regulada por dichas normas de consumo, no hay forma de excluir la responsabilidad o de restringirla a determinados aspectos de la relación establecida.

En el Derecho español, el art. 1.102 del Código Civil establece la nulidad de las cláusulas limitativas de la responsabilidad civil por acto doloso, pues considera el tema como siendo de orden público, lo que impide que exista cualquier alteración por la voluntad privada. Por otro lado, el art. 1.103 del mismo Código, aunque no utilice una fórmula totalmente clara, posibilita la existencia de cláusulas limitativas de la responsabilidad civil por acto culposo, siendo esta la postura acogida por la doctrina y la jurisprudencia. Obviamente, existen límites para la proposición y aceptación de

cláusulas de este tipo, como en el caso de las que se refieren a la preservación de la ley, de la moral y de las buenas costumbres.

## **9.3 Seguro de responsabilidad civil profesional**

### **9.3.1 Función del seguro de responsabilidad civil**

Junto a la relevancia del estudio de los elementos de la responsabilidad civil del abogado y de los profesionales liberales en general, está otro aspecto que despierta amplio interés y que mantiene una íntima conexión con el primero. Debido a la circunstancia de que la gran mayoría de los profesionales liberales integra la clase media de la sociedad, y considerando el hecho de que en ella se encuentran los individuos cuyo poder adquisitivo, normalmente, solo es suficiente para la satisfacción de las necesidades básicas de su familia, mecanismos alternativos de indemnización de los daños ocasionados en el ejercicio de la profesión empezaron a ser desarrollados.

El más eficaz es el seguro de responsabilidad civil por daños patrimoniales y extrapatrimoniales, por medio del cual el profesional pasa a terceros el riesgo de ser responsabilizado por eventuales daños ocasionados a su contratante. En principio, se trata de una herramienta extremadamente útil para todos los implicados en el contexto de la lesión, pues protege al profesional del riesgo permanente de ser demandado, resguardándole, total o

parcialmente, de las consecuencias de la demanda propuesta por el sujeto perjudicado.

Para el ofendido, a su vez, es extremadamente importante lograr la efectiva composición de los perjuicios soportados, ya que de nada serviría una victoria judicial cuya materialización fuese imposibilitada por la falta de condiciones económicas del sujeto que ocasionó los daños. Y, por fin, también es interesante para el asegurador participar de este escenario, pues al ofrecer cobertura al riesgo, recibe la denominada prima o cuota, que es la contrapartida económica – fuente de lucro – por asumir el riesgo de tener que indemnizar los daños ocasionados por el profesional liberal.

La interpretación del contenido del contrato de seguro es restrictiva, excluyéndose de la cobertura todo lo que no esté expresamente definido en la relación. No obstante, el riesgo es un elemento relativo, el cual puede sufrir variaciones dependiendo de las circunstancias de hecho, sin que esto afecte la perfección de lo que fue acordado.

### **9.3.2 Situación del seguro profesional bajo la óptica comparada**

#### **9.3.2.1 El tema en el Derecho español**

En España existe el Código Deontológico del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, de 1º de octubre de 2000, cuyas raíces son las normas del Código Deontológico Europeo, de noviembre de 1998, aprobado por el *Conseil Consultatif des Barreaux Europeens*,

que es el órgano máximo de representación de la abogacía ante la Unión Europea.

El art. 21 del referido texto legal afirma que el abogado cubrirá su responsabilidad profesional con recursos propios o con el correspondiente seguro, en un valor suficiente para enfrentar los riesgos relativos a los servicios que ejecuta. Afirma, aún, que el abogado que presta servicios en otro estado de la Unión Europea tendrá que cumplir esa imposición a través de la contratación de un seguro de responsabilidad civil profesional<sup>451</sup>.

Cabe observar, sin embargo, que en España la realización de un contrato de seguro es facultativa, conforme lo determinado en el art. 78 del Estatuto de la Abogacía. Excepto en el caso de una sociedad profesional de abogados, ya que en este caso la cobertura de un seguro pasa a ser obligatoria. Caso el profesional liberal esté actuando como autónomo y no tenga una cobertura de seguro contratada, soportará la carga de una eventual condena con todo su patrimonio personal. Esto se verifica en gran parte de las legislaciones, aunque en el futuro la tendencia sea que el abogado, incluso actuando individualmente, tenga el deber de contratar un

---

<sup>451</sup> MONTERROSO CASADO (2007, p. 87) afirma: “Sin embargo, el artículo 21 del Código Deontológico obliga al abogado ‘a tener cubierta, con medios propios o con el recomendable aseguramiento, su responsabilidad profesional, en cuantía adecuada a los riesgos que implique’ y si presta sus servicios profesionales en otro Estado Miembro de UE ‘deberá cumplir las disposiciones relativas a la obligación de tener un seguro de responsabilidad civil profesional conforme a las exigencias del Estado Miembro de origen y del Colegio de acogida’. Los Colegios de Abogados suelen suscribir un seguro que cubre a sus colegiados con un límite de cobertura. Por ejemplo, el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid tiene suscrito (como tomador del seguro) un seguro para todos los abogados que cubre una responsabilidad civil de 15.000 euros, pudiendo contratar el abogado, para complementar la anterior cobertura, un seguro voluntario de responsabilidad civil ampliado.”

seguro capaz de soportar todos los riesgos de su actividad profesional.

Existiendo seguro de la actividad en favor de la sociedad, los abogados que la componen también estarán resguardados por la cobertura contractual, salvo expresa exclusión prevista en el respectivo instrumento. Con esto, la empresa aseguradora no podrá ejercer el derecho de regreso – previsto en el art. 43 de la Ley del Contrato de Seguro – que tendría caso no fuese excluida la cobertura relativa a la figura de los socios. Salvo si la conducta del profesional es dolosa, conforme determina el art. 76 de la misma norma legal<sup>452</sup>.

La realidad existente en algunos de los países que conforman el Marcosur, como en Chile, el tema no es muy distinta del contexto anteriormente analizado. En aquél país, la idea de que es necesario preservar la actividad de abogacía por medio de la contratación de un seguro de responsabilidad civil está creciendo. Esta providencia no busca apenas proteger al abogado, pero también – y con igual énfasis – al cliente, cuyo riesgo de ser afectado por una mala actuación de la persona contratada puede ser solucionado con la contratación del seguro.

Con esto, ambas las partes estarían debidamente resguardadas, lo que termina reflejando una mejora en la relación establecida entre los contratantes<sup>453</sup>. Lo mismo ocurre, con igual o

---

<sup>452</sup> ITURMENDI MORALES, 2008, p. 135.

<sup>453</sup> MIRANDA SUÁREZ (2007, p. 49) afirma: “Dado que las consecuencias y efectos de un caso de mal praxis del abogado se dan no sólo en el campo profesional y ético, sino que especialmente en el campo patrimonial del profesional, y en aras de dar vigor al imperativo ético y legal de resarcir los daños causados, algunos Colegios profesionales han impuesto la necesidad de que los abogados cuenten con un

mayor vigor, en los Estados Unidos de América del Norte y en gran parte de Europa, siendo cierto que, con el tiempo, dicha cultura se irá transmitiendo a los demás países de América del Sur con la misma intensidad.

El Derecho español admite expresamente que el asegurado o sus herederos demanden directamente al asegurador voluntario, conforme establece el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, de 08 de octubre de 1980. Considera que existe un vínculo de solidaridad entre el agente asegurado y la persona jurídica aseguradora, con el objetivo de conferir una mayor garantía a las víctimas del siniestro. La reglamentación, sin embargo, no alcanza a los casos de seguro obligatorio, no siendo posible emplear, aquí, la analogía, debido a la excepcionalidad de la regla que indica la pertinencia de la acción directa<sup>454</sup>. La jurisprudencia española sigue rigurosamente esa postura<sup>455</sup>.

### **9.3.2.2 El tema en el Derecho brasileño**

En Brasil no hay mucha tradición en realizar contratos de seguro de responsabilidad profesional. Esto porque la legislación no obliga a los miembros de cualquier categoría a contratar un seguro contra los riesgos de la actividad que desarrollan. Como la

---

seguro de responsabilidad civil, como una herramienta valiosa y eficaz en aras de evitar el riesgo patrimonial involucrado. Ello junto con diseñar mecanismos de prevención y de gestión del riesgo de mal praxis profesional.”

<sup>454</sup> SOTO NIETO, 1982, p. 503.

<sup>455</sup> STS de 14 de julio de 2005, nº 633.

contratación es facultativa, existe mucha resistencia por parte de las clases laborales, las cuales creen que esto incentivaría las demandas e implicaría un exagerado aumento de los costes de la actividad.

Además, se afirma, también de forma equivocada, que si existiera ese tipo de contrato, los asegurados serían menos cautelosos en el ejercicio de sus deberes, ya que una eventual condenación, debido a un error suyo, no acarrearía mayores consecuencias económicas. Sin embargo, no es lógico que abogados, médicos, ingenieros y cualesquiera otros profesionales dejasen de preocuparse con la carrera, reputación e imagen cultivadas en el medio colectivo, solamente debido a una aparente protección que el seguro proporcionaría<sup>456</sup>. Además, una cosa es cierta: con el aumento de demandas propuestas contra abogados, que ya se hacen notar, la contratación del seguro terminará siendo un camino inevitable y bastante productivo.

Es imprescindible, desde luego, aseverar que el seguro de responsabilidad profesional no actúa como un elemento de exoneración del deber de indemnizar que recae sobre el agente que ocasiona el daño. El asegurador no se transforma en responsable directo por la reparación apenas porque contrató con otro la asunción de los riesgos. Eso porque el perjudicado nada tiene que ver con la relación establecida entre el asegurador y el profesional liberal, siendo el contrato, para él, *res inter alios*, es decir, un hecho

---

456 ANCONA LOPEZ (1988, p. 336), considerando ese panorama, observa que los profesionales que hubiesen contratado un seguro de responsabilidad civil no se expondrían solamente porque tendrían una garantía de indemnización por daños a sus clientes, pero si porque arruinarían sus carreras.

extraño a su ámbito jurídico. Ocurriendo el siniestro, que es el evento de cuyos riesgos el asegurado pretende prevenirse, nace para el asegurador la obligación de rembolsar los valores que hayan sido gastos por el profesional liberal como indemnización a los perjuicios ocasionados a otro.

Como se ha visto, el perjudicado no puede demandar directamente al asegurador, pues no contrató con él. Quien tiene legitimidad para accionar es el asegurado con el objetivo de recuperar la cuantía entregada a la víctima. Así, la víctima apenas tiene legitimidad para demandar al sujeto que ocasionó el daño, mientras que éste tiene derecho de regreso contra el asegurador, objetivando rembolsar los gastos efectuados, en los límites de la póliza.

Por esto, el seguro de responsabilidad civil no es un elemento que excluye la responsabilidad del abogado, pero, sí, que permite que éste recupere el valor del gasto, lo que, sin dudas, es un gran elemento de protección contra los riesgos de la actividad. Sin embargo, con el objetivo de otorgar una mayor protección a la víctima, la jurisprudencia viene, cada vez más, afirmando que, caso no sea posible buscar el crédito ante el causador directo, se incluya el asegurador en el polo pasivo de la relación. Pero esto, apenas en los casos en que haya un llamamiento al proceso, dentro del proceso ordinario, pues, solo así, la persona jurídica habrá tenido la oportunidad de debatir el contenido de la pretensión buscada por el perjudicado.

Considerados los referidos elementos, es posible percibir la utilidad del contrato de seguro de responsabilidad profesional como un mecanismo apto a armonizar las relaciones entre el abogado y el contratante, ya que el primero actuará amparado por la cobertura del seguro, eximiéndose de la obligación de soportar la carga final de una eventual condena en favor del perjudicado. Este, como visto, tendrá la seguridad de que caso ocurran lesiones, el asegurador arcará con todos los encargos de la indemnización, teniendo en cuenta, obviamente, los límites de la cobertura contratada con el profesional liberal.

A partir del Código de Defensa del Consumidor brasileño (Ley n. 8.078/90), que posibilitó a las personas una mayor concientización acerca de sus derechos, la búsqueda de la responsabilidad de los profesionales liberales por daños ocasionados en el ejercicio de su profesión creció considerablemente. Empezó con los médicos, pasó por los odontólogos y, cada vez más, alcanza a los abogados.

La condena judicial que determina el pago una indemnización, que, frecuentemente, es vultuosa, tiene la capacidad de llevar un trabajador a su ruina. Una única imposición de este tipo puede significar la derrocada de varias décadas de construcción de la carrera y del patrimonio. Además de macular la imagen del profesional, afecta de forma indeleble su esfera financiera, como consecuencia de la afirmación judicial de culpa. Ahí se evidencia la relevancia del seguro como instrumento de contención y minimización de los riesgos.

En otras palabras, la suma de las cuotas recibidas representa la fuente de las indemnizaciones que serán pagas y generará el lucro de la persona jurídica. El valor de la cuota a ser paga por el asegurado es calculado con base en el número estadístico de ocurrencias indemnizatorias, siendo más elevado cuanto más grande sea la gama de eventos que lleva al asegurador, en un determinado período, a indemnizar los perjudicados.

Al contratar un seguro, el profesional liberal y el asegurador establecen, en la póliza, los límites de la cobertura. El Código Civil regula esa modalidad de negocio en los arts. 757 a 802, tratando minuciosamente de su estructura jurídica. Todo interés legítimo puede ser garantizado, estando relacionado con la persona o la cosa que se busca proteger contra riesgos predeterminados. En eso se incluyen, lógicamente, los peligros derivados del ejercicio de la actividad profesional.

Contrariando lo que sucede en Brasil, la legislación de diversos países prevé la obligatoriedad de contratar un seguro de responsabilidad profesional. En Portugal, por ejemplo, el Estatuto de la Orden de los Abogados establece, en su art. 99, dicha circunstancia de forma expresa. Esa obligatoriedad también existe en Alemania, Francia, Inglaterra y en los países escandinavos, para los trabajadores que actúan por cuenta propia.

La dinámica de las relaciones sociales enfoca la misma solución para América Latina, debido a la necesidad de resguardar los profesionales liberales contra los riesgos derivados de la actividad desarrollada. Este panorama interesa principalmente a los

abogados, pues, por supuesto, no desean y tampoco aceptan ser acusados injustamente de negligencia o error. Y también porque, como no es un hecho imposible la ocurrencia de un acto negligente, pretenden salvaguardar su responsabilidad civil por medio del repase de los riesgos al asegurador.

La adopción de esa modalidad de seguro por la Orden de los Abogados de Brasil, conforme el modelo mencionado, podría ocurrir a través de un cambio en el Estatuto de la Abogacía, que es una ley federal, donde se pasaría a prever la obligatoriedad de la cobertura de los riesgos profesionales. Esa imposición terminaría haciendo con que la cobertura fuese menos onerosa, ya que un gran número de contratos serían celebrados, resultando en un menor coste operacional del conjunto. La facilidad de acceso al seguro podría implementarse a través de la cobranza de la cuota juntamente con la anualidad debida a la Orden de los Abogados de Brasil. El fraccionamiento de esta implicaría también, automáticamente, en la división de las cuotas en un número igual de fracciones mensuales y sucesivas.

### **9.3.2.3 Elementos del contrato de seguro**

#### **9.3.2.3.1 La calidad de asegurador y de asegurado**

Considerando la gran posibilidad de comprometimiento económico que deriva de los riesgos convencionalmente asumidos, el acceso a la condición de asegurador es muy limitado, pues para

que se pueda alcanzar ese nivel es necesario cumplir múltiples y rígidas condiciones, entre las cuales está la de tener capacidad financiera y de constituir persona jurídica para actuar en el ramo.

Las personas naturales no pueden ser aseguradoras, pues se trata de una actividad eminentemente empresarial. Solamente tras el análisis del cumplimiento de los requisitos estipulados en el ordenamiento jurídico, es que el Poder Público concederá la autorización para que una determinada persona jurídica, o un conjunto de estas, funcione como asegurador, como mencionado en el párrafo único del art. 757 del Código Civil.

#### **9.3.2.3.2 La forma de la contratación**

La forma escrita no es de la esencia del negocio jurídico, y tampoco es exigida de manera absoluta como elemento de prueba de la existencia y del contenido de la relación. No se puede ignorar, todavía, que comúnmente es la póliza que sirve para probar de forma inequívoca el contrato de seguro en todos sus aspectos.

En el caso de que no exista la póliza, o estando esta extraviada, damnificada o perdida, la exhibición del billete de seguro cumplirá la función de prueba con la misma fuerza jurídica (art. 758 del Código Civil). Cabe resaltar que incluso los duplicados de los documentos mencionados, desde que correctamente emitidos, servirán para la misma finalidad sin cualquier tipo de perjuicio.

Cuando por cualquier razón no existieren la póliza y el billete de seguro, la prueba del contrato podrá realizarse por medio de un

documento que compruebe el pago de la respectiva cuota, como, por ejemplo: recibo de pago emitido por la aseguradora, autenticación mecánica del respectivo banco, recibo de depósito bancario con la especificación de la finalidad a que se destinaba, etc.. No hay ninguna exigencia especial para que el documento pueda probar la contratación; todavía, deberá ser suficientemente consistente para revelar la existencia del pago de la cuota de un determinado contrato de seguro, razonablemente identificado en el citado documento.

No es suficiente que la póliza o el billete solamente hagan referencia al riesgo para que el contrato esté perfecto y acabado. Es necesario que mencione el momento en que se inicia y cuando termina la sujeción del asegurador al riesgo (art. 760 del Código Civil), ya que de esto deriva la necesaria ciencia del *dies a quo* y del *dies ad quem* de la contratación. El asegurador solamente estará obligado a indemnizar si el evento abstractamente previsto por las partes ocurrir durante el período de vigencia de la cobertura; no indemnizará si ocurrir antes o después del intervalo definido en la póliza o en el billete. Debido a esto, es necesario, incluso, hacer referencia al horario exacto de inicio de la vigencia de la cobertura, ya que con esto vinculará los contratantes sin la necesidad de cualquier ejercicio exegético.

### **9.3.2.3.3 El límite de la cobertura y los riesgos asegurados**

El límite de la garantía es otra peculiaridad que debe ser inserida en la póliza o en el billete de seguro. Las partes pueden contratar una cobertura parcial o total, un valor igual o inferior al del riesgo asegurado, etc.. De esta forma, es relevante mencionar la extensión de la garantía ofrecida por el asegurador para la hipótesis de que se concretice el evento previsto como generador de la indemnización.

Por tener índole aleatoria, el contrato de seguro no es compatible con la garantía contra una situación en que no existe, por lo menos en tesis, el elemento riesgo, ni con los casos en que la ocurrencia del siniestro está sometida a la voluntad de una de las partes o de terceros. De esta forma, un contrato que busque asegurar algo o alguien de un acto doloso del asegurado, del beneficiario, o del representante de cualquier de estos, será considerado nulo (art. 762 del Código Civil), debido a la ausencia de riesgo, que necesariamente debe existir en toda relación de esta naturaleza.

No se puede dejar al criterio de uno de los polos contratantes, o de otra persona, la consecución del evento previsto como generador de la indemnización, pues esto suscitaría la malevolencia, el fraude, la disimulación. Sería inusitado e inmoral admitir que el abogado, por ejemplo, buscara protegerse del riesgo contra daños ocasionados en la defensa de demandas judiciales y después practicase, con dolo, un acto lesivo a su cliente.

La regla recién explicitada es de orden pública. La nulidad incide en los contratos que expresamente prevén cobertura contra actos dolosos del asegurado, del beneficiario, o del representante de cualquiera de ellos. En los contratos que no prevén esa cobertura, toda iniciativa dirigida al recibimiento de indemnización por un acto doloso que ocasionó el siniestro también será rechazada. Esto ocurre debido a la aplicación del principio que determina que el contrato de seguro siempre estará vinculado a algún riesgo efectivo, no subsistiendo en las hipótesis lesivas provenientes de actos dolosos, o en los casos en que el riesgo ya fue superado en el momento de la celebración.

#### **9.3.2.3.4 La veracidad de las declaraciones contractuales**

El asegurado y el asegurador están obligados a demostrar, en la ejecución y en la conclusión del contrato, la más estricta buena fe y veracidad, tanto en lo relacionado con el objeto como con las circunstancias y declaraciones que a este se refieren (art. 765 del Código Civil). Del deber de conservar la buena fe y veracidad en todas las fases de la negociación, emana la obligación de las partes de realizaren declaraciones exactas y conformes con la realidad, explicitando rigurosamente todas las circunstancias que puedan interferir en los aspectos económicos de la contratación (art. 766 del Código Civil). Eso influencia en muchos detalles, como: el asegurador decidir si acepta o no el riesgo presentado, la elevación,

para aquél asegurado específico, del valor normalmente cobrado como cuota, etc..

Caso el asegurado, personalmente o a través de un representante legal o indicado, declare hechos distintos de la realidad o omita circunstancias fácticas que puedan influir en la aceptación de la propuesta o en el valor de la cuota, no podrá reclamar, caso se verifique el siniestro, el reembolso del valor pago como indemnización a otro. Por otro lado, si la inexactitud o la omisión son constatadas antes de la ocurrencia del siniestro, la garantía contractual desaparecerá a partir de aquella fecha.

Eso significa que la celebración del contrato no hace incuestionable su contenido, hecho que también se verifica incluso en el caso en que el asegurador haya realizado una investigación previa de la situación de hecho en que estaba inserido el asegurado. La intención del legislador es punir la mala fe y la falta de verdad del asegurado, lo que no se invalida por el simple hecho de que el asegurador tenga condiciones de promover una adecuada averiguación de las circunstancias antes de aceptar la contratación.

Cuando la inexactitud u omisión en las declaraciones prestadas por el asegurado no resultaren de mala fe, pero sí de un descuido, error, ignorancia o alguna circunstancia similar, la contratación conservará su validez y eficacia, a no ser que el asegurador promueva la resolución del contrato durante su período de vigencia (párrafo único del art. 766 del Código Civil). Caso no proceda de esta forma, sea por desconocer la inexactitud o la

omisión, sea porque prefirió mantener la relación, la indemnización será debida integralmente si se verifica el siniestro.

Durante el período de vigencia del pacto, el asegurado debe abstenerse de cualquier acto que pueda, voluntariamente, aumentar los riesgos previstos en la póliza. El asegurado perderá el derecho a la garantía si agravar intencionalmente el riesgo objeto del contrato (art. 768 del Código Civil). Eso no significa que las alteraciones normales y derivadas de la dinámica social o de las circunstancias de la existencia puedan apartar la garantía prestada por el asegurador, pues, cuando contrata, la intención del asegurado es exactamente la de tener una mayor tranquilidad en relación a un determinado riesgo, y no la de crear nuevos problemas que sustituirían aquél que buscó solucionar con la realización del seguro.

#### **9.4 Inserción de cláusula penal**

La cláusula penal es un elemento accesorio por medio del cual los contratantes establecen una pena o multa, en dinero u otra especie, que incidirá sobre la parte que incumplir o retardar el cumplimiento de la obligación, y será revertida en favor del polo contrario o de un tercero previamente indicado.

La cláusula penal, también denominada pena convencional, es, normalmente, un pacto incluido en los contratos; sin embargo, nada impide que sea utilizada en otros actos jurídicos, siendo necesario, para esto, solamente la voluntad de las partes

implicadas. En gran parte de las veces, la cláusula penal es una cuantía en dinero, que deberá ser entregada por el infractor a la parte contraria; todavía, puede establecerse una pena convencional distinta, incluso obligando al infractor a dar algo o a realizar alguna acción a favor de la parte contraria.

Para que se apliquen las sanciones previstas en la cláusula penal, es necesario que el incumplimiento de la obligación ocurra por culpa de una de las partes, ya que los eventos derivados de caso fortuito y fuerza mayor no implican la responsabilidad de los contratantes. Cabe resaltar que la pena pactada es implementada debido a una de las siguientes situaciones: a) incumplimiento integral de la obligación; b) mora del obligado. La previsión abstracta de penalidad contra el futuro infractor busca evitar que cualquiera de los contratantes incumpla por completo el deber jurídico o retarde su cumplimiento, pues en ambos los casos habrá perjuicios para el polo inocente, que tiene la justa expectativa de que sea respetado el acuerdo original por el otro contratante<sup>457</sup>.

Conforme el principio de la autonomía de las partes, es posible pactar en el sentido de que el abogado responda por la inexecución del deber, pagando la multa establecida, también cuando ocurra caso fortuito o fuerza mayor. Cuando las partes silencien sobre el tema, no existirá la obligación de reparar el daño caso ocurran eventos de esta naturaleza, debido a la ausencia de culpa del agente. Por otro lado, el valor de la pena establecida es libremente determinado por los pactantes. Sin embargo, la

---

<sup>457</sup> ZAMPROGNA MATIELLO, 2005, p.123.

penalidad debe ser reducida equitativamente por el juez en el caso de que la obligación principal haya sido parcialmente cumplida, o en el caso de que el valor de la penalidad sea manifiestamente excesivo, considerada la naturaleza y la finalidad del negocio (art. 413 del Código Civil).

La finalidad de la cláusula penal es la de preestablecer las pérdidas y los daños presumidamente sufridos por el acreedor, debido al incumplimiento de la obligación por la parte contraria. Considerando esa verdad jurídica, no es necesaria la prueba de los perjuicios experimentados, pues la incidencia de la pena convencional deriva automáticamente de la inejecución del deber jurídico, conforme los términos del contrato.

Al establecieron que, en caso de daños, habrá una reparación basada en una cuantía previamente determinada, las partes realizan una genuina operación de pre-liquidación del infortunio soportado por la víctima. Por otro lado, sería demasiado aceptar la teoría de que el incumplimiento ocasiona al acreedor daños más grandes que el simple valor económico de la obligación principal, pues esto ya no sería razonable.

En fin, la extensión económica de la conminación impuesta en la cláusula penal está limitada por el valor total de la obligación principal, no pudiendo exceder a este (art. 412 del Código Civil). Luego, el instituto de la pena convencional es totalmente compatible con los contratos firmados entre el abogado y su cliente, siendo una forma de, conforme su propio juicio, hacer con que el contenido del pacto sea más adecuado.

## **9.5 Causas excluyentes de la responsabilidad**

### **9.5.1 El caso fortuito y la fuerza mayor**

Siempre que el sujeto pasivo dejar de cumplir una obligación, estará obligado a indemnizar, caso haya actuado con culpa. Esto porque su deber consiste en cumplir la obligación pendiente, bajo pena de tener que asumir las consecuencias derivadas de la responsabilidad contractual o aquiliana. En determinadas circunstancias, sin embargo, el deudor podrá eximirse de la responsabilidad por medio de la presentación y prueba de la existencia de un elemento excluyente previsto en ley. Así, a pesar de que su conducta externamente parezca capaz de generar la responsabilidad civil, pues presenta factores que llevan a dicho resultado, existe en el cerne de comportamiento un elemento capaz de impedir este resultado.

El caso fortuito y la fuerza mayor son causas excluyentes de la responsabilidad civil, pues eliminan la perspectiva de existencia de culpa en la actuación del sujeto. Aunque haya ocurrido el incumplimiento, no existirá nexo causal entre la conducta y el resultado, o, en otras palabras, no existirá cualquier culpa. Con esto, se aleja la hipótesis de responsabilidad civil del agente. El art. 393 del Código Civil establece: *“El deudor no responde por los perjuicios resultantes de caso fortuito o fuerza mayor, si no se responsabilizó, expresamente, por ellos”*. El párrafo único añade; *“el*

*caso fortuito o de fuerza mayor se verifica en el hecho necesario, cuyos efectos no se podían evitar o impedir”.*

Ciertos hechos superan las previsiones y las cautelas humanas, siendo imputables a lo imponderable y a lo anómalo, son circunstancias capaces de hacer con que la actividad humana no sea el factor propulsor del daño. Por este motivo, los perjuicios ocasionados por el caso fortuito y la fuerza mayor, excepto cuando la ocurrencia de sus efectos sea expresamente asumida, no son imputables a cualquiera de las partes contratantes, ya que no existirá el nexo de causalidad entre la conducta del individuo y el resultado lesivo. La admisión de la responsabilidad por los perjuicios derivados del caso fortuito o de la fuerza mayor precede su ocurrencia, como parte de la relación en que se inserta.

El caso fortuito y la fuerza mayor configuran incidentes que, aunque admitan una diferenciación conceptual, son tratados prácticamente como sinónimos por el legislador y resultan en los mismos efectos para el deudor, eximiéndole de la responsabilidad por la inejecución de la obligación asumida. Conforme la doctrina, el caso fortuito consiste en un hecho o acto extraño a la voluntad de las partes, sea ligado al comportamiento humano o a las actividades desarrolladas directamente a través de máquinas, como también al riesgo de las actividades o del negocio. Ejemplos de esto son la huelga, el motín, la guerra, la caída de un viaducto o puente, un defecto oculto en una mercancía producida, y así por delante. Ya el instituto de la fuerza mayor implica la ocurrencia de eventos

exógenos o fenómenos naturales, como por ejemplo en el caso de rayos, tempestades, terremotos, etc.<sup>458</sup>.

También se afirma que la fuerza mayor es el evento que suplanta la cautela del deudor, siendo inevitable o insuperable, excepto si se utilizan medios superiores a aquellos que fueron contratados<sup>459</sup>. Cabe destacar que el caso fortuito se determina en términos negativos, abarcando todo lo que extrapola las fronteras normales de la diligencia a la cual está obligado el deudor. Es, por lo tanto, una inejecución que resulta del ocaso, caracterizada por la imposibilidad de realizar la prestación debido a un evento extraño y superior a la voluntad del sujeto pasivo<sup>460</sup>.

La caracterización tanto del caso fortuito como de la fuerza mayor demanda la presencia de los siguientes requisitos: a) acontecimiento extraño a la voluntad del deudor y no ocasionado por culpa, ya que la presencia de esta impide el reconocimiento de la excluyente de la responsabilidad; b) superveniencia del hecho en relación al vínculo obligacional existente entre las partes, ya que si la relación se establece mientras ocurre la situación anómala, ninguna de las partes podrá invocarla como eximente de la responsabilidad; c) desproporción entre el evento y la capacidad del deudor de impedirlo, ya que si el sujeto puede evitar o impedir la consumación del perjuicio y no lo hace, habrá actuado con culpa, restando clara la responsabilidad.

---

<sup>458</sup> GONÇALVES, 2006, p.354.

<sup>459</sup> REPRESAS, 1996, p.169.

<sup>460</sup> GOMES, 1997, p.150.

El art. 248 del Código Civil, a su vez, establece: “*Si la prestación resultar imposible, sin culpa del deudor, se resolverá la obligación; si por su culpa, responderá por pérdidas y daños*”. Luego, cuando no existir propiamente una rehusa del deudor en cumplir la obligación, pero sí la imposibilidad de que este así proceda, se debe argüir la causa de esa imposibilidad, y, más precisamente, la influencia que tuvo el deudor en la ocurrencia de este impedimento.

Si se constata la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor, como siendo la causa que inviabilizó el cumplimiento de la obligación, esta se considerará resuelta y las partes volverán a su estado anterior, por medio de la restitución de lo que habían recibido una de la otra, y sin que cualquiera de ellas tenga que indemnizar pérdidas y daños. Esto porque nadie puede ser obligado a hacer cosas imposibles, como en el caso de un pintor que después de contratado sufre un accidente y pierde la mano que utilizaba para ejecutar sus obras.

Sin embargo, si la prestación se hace inviable por culpa del deudor, este tendrá que responder por las pérdidas y daños soportados por el acreedor. Un ejemplo de esto es la contratación de un cantor que no se presenta en el día marcado porque en la noche anterior participó de otro evento y, como se siente fatigado, no comparece en la presentación contratada.

Así, no restan dudas de que la superveniencia de una imposibilidad de la prestación, sin culpa del abogado, impide que este sea responsabilizado, también en caso de incumplimiento de lo

que había sido originalmente pactado. Todavía, si la imposibilidad ocurrió cuando el abogado ya estaba en mora, ese deberá indemnizar los perjuicios ocasionados, independientemente de culpa. Lo mismo ocurrirá en la hipótesis de haber asumido los riesgos inherentes al caso fortuito y a la fuerza mayor.

### **9.5.2 El error de hecho y el error de derecho**

El error de hecho y el error de derecho son eventos que merecen análisis. No hay excusa para el abogado cuando practica un error de hecho, utilizando de forma dañosa elementos de hecho distintos de los que le fueron transmitidos. Un ejemplo de esto, es el caso en que el cliente, reo en una demanda de reintegración posesoria, haya afirmado para el abogado, contratado para su defensa, que tuvo la pose calificada del inmueble durante 10 años. De esto resultaría la posibilidad de invocar la excepción de usucapión como defensa. Sin embargo, el abogado termina afirmando, en la contestación, que el cliente tuvo la pose solamente por 8 años, frustrando la expectativa de vencer la demanda con base en la referida *exceptio*. Se trata de un error atribuible, única y exclusivamente, a la falta de cuidado del patrono en la elaboración de la defensa. Luego, si la acción es juzgada procedente, y posteriormente se prueba que el reo efectivamente poseía la cosa durante una década, el profesional deberá indemnizar los perjuicios ocasionados.

También cabe analizar la hipótesis de error de derecho, que se configura en la equivocada utilización de la base legal o jurisprudencial que debería sostener la pretensión del contratante. Desde ya, cabe resaltar que el error de derecho no se caracteriza por la simple invocación del desconocimiento del contenido de la ley por el abogado en una situación determinada. El error solamente existirá en el caso de ser extremadamente grave y craso conforme el estado actual de la ciencia jurídica aplicable a la situación analizada<sup>461</sup>. No se puede olvidar que la elección de la estrategia a ser aplicada en el caso concreto es una atribución del abogado, que no puede ser civilmente responsabilizado apenas porque la opción, al final, se mostró incorrecta o no llevó al resultado esperado.

Predomina, actualmente, la concepción de que la responsabilidad del abogado solamente ocurre cuando el error es inexcusable, por estar relacionado con un indisciplinable desconocimiento técnico de una determinada circunstancia. Luego, deriva de la ignorancia del abogado, acarreando para él la obligación de reparar los perjuicios ocasionados al cliente, buscando restaurar, siempre que posible, la situación afectada por la mala conducta profesional<sup>462</sup>.

---

461 AGUIAR DIAS (1994, p. 293) destaca que solo el error grave, como la falta de atención a la jurisprudencia corriente, el desconocimiento del texto expreso de la ley aplicable al caso, la interpretación totalmente absurda, pueden autorizar una acción de indemnización contra el abogado, pues configuran una falta de interés por la causa o una completa ignorancia, que es indisciplinable, ya que el profesional está obligado a conocer su oficio sin que tenga que demostrar un valor excepcional en el desarrollo de su profesión. El hecho de tener un diploma no establece ninguna presunción a favor del profesional, pero es un elemento que este tiene que respetar.

462 SODRÉ (1984, p. 122) afirma que el error de derecho es consecuencia de la ignorancia del abogado, resultando en la obligación del profesional de indemnizar al cliente por los perjuicios ocasionados, debido a su manifiesta incompetencia. Lo mismo ocurre si el daño es ocasionado por negligencia.

Sobre esta cuestión referente al error inexcusable, aunque este sea de hecho y no de derecho, cabe observar que la multiplicación de instituciones de enseñanza jurídica, en especial en los países de América del Sur, y, en particular, en Brasil, está mercantilizando excesivamente los cursos de Derecho. Con esto, profesionales sin el preparo necesario ingresan en el mercado de trabajo con intrigante frecuencia, ocasionando la saturación del campo de actuación de la abogacía.

De esto resulta un inevitable aumento del riesgo de que ocurran errores en la actuación de estos profesionales, configurando, así, una seria fuente de daños para los patrocinados y la necesidad de una correspondiente y cabal reparación<sup>463</sup>. Se trata, notoriamente, de hipótesis de error inexcusable, no existiendo cualquier posibilidad de que el profesional se esquite del deber de indemnizar los perjuicios del contratante.

---

463 GONÇALVES (2003, 383), afirma: “Es común, actualmente, debido a la prisa de algunos abogados, y a la falta de preparo de otros, constatar el inicio de acciones inviables e impropias, defectos que son detectables *ictu oculi*, y que no traspasan la fase del despacho sanador, cuando son, entonces, interrumpidas. Con frecuencia, se puede percibir que la pretensión podría ser atendida. Pero, al elegir mal la acción, el autor, aunque tenga la razón, pierde la demanda. No restan dudas de que el profesional incompetente debe ser responsabilizado, en estos casos, por los perjuicios ocasionados al cliente.”

## CONCLUSIONES

I.- El abogado desempeña un papel indispensable en la administración de la justicia, siendo inviolable por sus actos y manifestaciones en el ejercicio de su profesión y dentro de los límites de la ley. Luego, se debe identificar en él, la prominente figura de alguien que pretende la realización del ideal de justicia, al igual que los demás protagonistas en este escenario, como, por ejemplo, jueces, fiscales, etc. Sin embargo, el abogado ha de ser responsable por los daños que, en el ejercicio de su profesión, culposamente ocasione al propio cliente y a terceros. Esta es, por cierto, la tónica de todas las relaciones jurídicas, lo que evidencia una regla general, la cual debe respetar también el abogado.

II.- La relación establecida entre el abogado y el cliente asume, como regla general, características contractuales puras, estando sometida a los principios generales que regulan los contratos. La diferencia más evidente entre el tratamiento jurídico existente en España y el que existe en Brasil consiste en la afirmación de que, en el país europeo, el vínculo contractual que se establece entre el abogado y el cliente es de arrendamiento o de prestación de servicios, al paso que en el país suramericano predomina la concepción de que el vínculo que se configura es un mandato. En España, el mandato solamente se aplica con un carácter secundario, en los casos en que se solicita al abogado que desarrolle una actividad umbilicalmente ligada a las orientaciones y

directrices facilitadas por el contratante. En ambos países, sin embargo, existe la posibilidad de que la responsabilidad civil del abogado sea de naturaleza extracontractual, verificada en los casos en que realiza una ilicitud y no está vinculado a la víctima por lazos derivados de un negocio jurídico *stricto sensu*, como, por ejemplo, cuando perjudica, dentro del proceso judicial que promovió, a la parte contraria a la cual defiende.

En situaciones especiales, tampoco la relación es regulada, con un rigor absoluto, por los preceptos relativos a los contratos, pues determinadas peculiaridades (nominación del defensor en el juicio, atención por los servicios de defensa jurídica o por Facultades de Derecho, etc.) hacen con que sean *sui generis* las características del vínculo establecido. En estos casos y, especialmente cuando el servicio es realizado por instituciones de enseñanza, hay una mitigación de la responsabilidad civil de índole contractual, que solamente debe ser afirmada cuando la conducta del agente sea manifiestamente ilegítima. Hay, por así decir, una cierta flexibilización supralegal de los requisitos de determinación y de afirmación de la responsabilidad civil, de forma que la culpa no será analizada en base a los mismos cánones que regularían la situación en circunstancias ordinarias. En este contexto, el profesional, aunque actúe como abogado, debe tener su conducta, a la cual se imputa un error, analizada a partir de su finalidad intrínseca, valorándose especialmente el hecho de que no existe una contratación propiamente dicha, pese a que los deberes comunes y ordinarios de la profesión continúen estando presentes.

III.- La relación eminentemente privada, entre el abogado y el tomador de los servicios, hace que exista un mayor rigor en la verificación de una mala actuación del profesional en el desarrollo de la actividad privada para la cual fue contratado. Por otro lado, en las relaciones en las que es el Estado quién ofrece, directa o indirectamente, el trabajo gratuito de profesionales para el público en general, la responsabilidad civil de la persona jurídica de Derecho público será objetiva, pero la del agente directo será regida por los principios de la teoría subjetiva. Además, también se llevará en cuenta, en la determinación de la responsabilidad civil y en la cuantificación de la reparación, caso de que ésta sea establecida, la naturaleza y la finalidad del vínculo establecido.

IV.- El abogado que acepta la contratación tiene frente al cliente determinadas obligaciones concretas, que no necesitan estar reseñadas en el contrato celebrado, con tientes de orden público y en muchos casos indisponibles por la voluntad privada.

Entre estos están los denominados deberes accesorios, laterales o anexos, cuyo cumplimiento es una condición necesaria para la liberación del profesional. Además, conjuntamente con los deberes propios de la especie contractual celebrada -ya expresada- entre el abogado y su cliente, existen otras obligaciones, que forman el universo de las imposiciones normativas o convencionales impuestas al abogado. En consecuencia, éste deberá indemnizar todos los daños ocasionados, tanto de

naturaleza material (daños emergentes y lucros cesantes) como moral, siempre que atente al contenido de los referidos cánones.

V.- Como se trata de una figura contractual, la relación existente se somete a las reglas del Derecho del consumo, quedando plasmada, sin embargo, la aplicación de de los dictámenes referentes a la responsabilidad civil subjetiva, que depende de la prueba de la culpa del agente del daño. No existe responsabilidad civil objetiva del profesional liberal de la abogacía, pues, en caso contrario, se terminaría limitando la libertad, que es siempre necesaria, en la actuación normal del abogado para la defensa de los intereses del cliente. La responsabilidad del abogado, por tanto, es subjetiva, basada esencialmente en la noción de diligencia. La diligencia, no será la de la figura paradigmática del *buen padre de familia*, pese a que la Ley no ofrezca elementos suficientes, basados en otro soporte para la definición de la responsabilidad. Existirá responsabilidad del abogado por una falta de cautela mínima en el desarrollo de su actividad, lo que implicará imputar responsabilidad debido a la negligencia leve y levísima.

VI.- También se aplica, de forma contundente, la imposición de que el profesional de la abogacía debe actuar conforme a la *lex artis*, es decir, de acuerdo con los cánones científicos y deontológicos inherentes a su profesión. Sin embargo, la obligación asumida por el abogado es, por vía de regla, de medios. Por esto,

cumplirá con los deberes asumidos siempre que emplee con diligencia y con observancia de la *lex artis* todos los esfuerzos que le son exigibles en cada caso concreto. Obtener o no el éxito, sea en el ámbito judicial o extrajudicial, es consecuencia de la situación jurídica en cuestión, sin que cualquier de estos resultados pueda ser considerado un elemento generador de ventajas o de un gravamen para el profesional. Solamente existirá deber de resultado cuando éste sea inherente al tipo de trabajo contratado.

VII.- La prueba de la culpa o del dolo del abogado es esencial para que éste sea obligado a reparar los daños soportados por el cliente o por terceros, en virtud del ejercicio de la abogacía. No se exige la existencia de un error craso o de culpa grave para responsabilizar al abogado, siendo suficiente que, conforme determinan las reglas generales de la responsabilidad civil, haya actuado con cualquier grado de culpa, aunque –como ya se ha dicho- sea levísima.

VIII.- La denominada pérdida de una oportunidad o pérdida de una *chance* es, en la práctica, una de las hipótesis más frecuentes de reclamaciones de responsabilidad a los abogados. Es la conducta positiva o negativa que cierra al cliente la perspectiva de que sea examinado, en toda su amplitud, el tema sometido al análisis judicial. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando el abogado interpone un recurso fuera del plazo. La expresión económica de la lesión será determinada con base a la verificación teórica de la

viabilidad que la conducta tendría, caso de que hubiese sido realizada con observancia de los criterios jurídicos ordinarios de actuación.

IX.- Deben ser considerados, como ya se ha mencionado, los casos en que hay una mayor flexibilidad y mitigación debido al hecho de no existir una contratación *stricto sensu*. La cuantificación del elemento anímico solamente será útil en los casos en que sea posible, buscando siempre la determinación de la extensión del deber de indemnizar. Los profesionales de la abogacía que actúan por nombramiento en el juicio, que trabajan en virtud de un vínculo laboral o de otra índole con instituciones de enseñanza jurídica o que están o actúan como defensores de oficio o en la justicia gratuita, tienen la responsabilidad civil con base, prácticamente, en los mismos elementos a los que atiende la responsabilidad de los abogados particulares. Sin embargo, cuando se vinculan a personas jurídicas de Derecho público, la responsabilidad de éstas pasa a ser objetiva, no afectando la naturaleza de la responsabilidad del profesional, que seguirá basada en los criterios subjetivos comunes.

X.- La responsabilidad civil de la sociedad de abogados no se somete a los mismos preceptos aplicados al abogado que trabaja como profesional liberal. La conjugación de esfuerzos de la sociedad hace que ésta asuma características mucho más relevantes ante el cliente. Así, el tema de la responsabilidad civil

necesita ser examinado con mayor rigor, teniendo como sustrato las reglas del Derecho del consumo en su estado puro. Luego, la responsabilidad será cuasi-objetiva, es decir, no se exigirá del perjudicado que demuestre la concurrencia de culpa del agente en el desarrollo de la abogacía, porque se aplica la inversión de la carga de la prueba, ya que éste es un instrumento que posibilita que exista una disputa técnica más equilibrada en la búsqueda y formación de elementos de prueba suficientes para la existencia de un veredicto justo.

XI.- La solución más aceptada para la cuantificación del valor de la indemnización debida en los casos de actuación lesiva del abogado es la de la formulación de un *juicio dentro de un juicio*, por la cual el juzgador realiza una evaluación del potencial resultado favorable que tendría la iniciativa esperada y exigible en el caso concreto. Cuanto más evidente es la perspectiva de éxito ínsita en la medida omitida o mal aplicada por el abogado, más próximo estará el total de la indemnización del valor de la pretensión frustrada. Cuando no existe contenido económico en la actividad contratada por el cliente, restará la alternativa de verificar el nivel de ofensa a la esfera psíquica de la víctima, para que así se pueda determinar la reparación de los daños morales ocasionados.

XII.- La posibilidad de establecer en el contrato la completa inexistencia o una reducción de la responsabilidad civil del abogado ante el cliente, para los casos de un eventual error que éste pueda

cometer, ya es una realidad posible y perfectamente adaptada al universo jurídico moderno. Sin embargo, este tipo de previsión contractual no podrá abarcar los casos de daños ocasionados dolosamente por el profesional, evitando, así, una actuación de mala fe del que tiene por obligación la defensa de los intereses de su contratante. Así, el empleo de la cláusula de exclusión o mitigación de la responsabilidad solo será admitido en el caso de que los futuros daños se produzcan de forma culposa.

## BIBLIOGRAFÍA

ACEDO PENCO, Ángel. Contratos y responsabilidad civil – cuestiones jurídicas actuales. Madrid, Dykinson, 2007.

ACUNA ANZORENA, Arturo. Estudios sobre la responsabilidad civil. La Plata: Platense, 1963.

AGUIAR DIAS, José de. Da responsabilidade civil, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

ALBALADEJO GARCÍA, M., Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones, vol. 1º, 8ª edição. Barcelona: Bosch, 1989.

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones. Barcelona: Bosch, 1997, vol. II.

ALBIEZ DOHMANN e Outros, Comentarios a la Lei de Sociedades Profesionales. Navarra: Editorial Aranzadi S/A, 2007.

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. La responsabilidad profesional de abogados. Navarra: Editorial Aranzadi S/A, 2005.

ALMEIDA, Carlos Ferreira. Os direitos dos consumidores. Coimbra: Almedina, 1982.

ALVAREZ LÓPEZ, Francisco. La responsabilidad civil de abogados, procuradores y graduados sociales. F. Alvarez: Oviedo, 2000.

ALVAREZ, Mirta Beatriz, “La formación del abogado”. In <http://www.edictum.com.ar>, 2006. Acesso em 15 de setembro de 2009.

ALVES TADEU, Silney. *Manual Elementar de Direito Romano*, Pelotas: Editora Universidade, 1999.

ALVES TADEU, Silney. “O dever de informar”, in Revista de Direito do Consumidor n. 59, 2006.

ALVIM, Pedro. O contrato de seguro. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ALVIM, Pedro. Responsabilidade civil e seguro obrigatório. São Paulo: RT, 1972.

AMARAL SANTOS, Moacyr. Primeiras linhas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1995.

ANCONA LOPEZ, Teresa. “Responsabilidade civil dos médicos”. In: Responsabilidade civil- doutrina e jurisprudência. Yussef Said Cahali (Coord.). 2. ed., atualizada, São Paulo: Saraiva, 1988.

ÁNGEL YAGUEZ, Roberto. “Responsabilidad por informar”. In: Martinez, Juan Antonio Moreno (coord.). Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio. Madrid: Dykinson, 2000.

AVRIL, Yves. La responsabilité de l’avocat. Paris:Dalloz, 1981.

AZEVEDO SODRÉ, Rui de. “A ética profissional e o estatuto do advogado”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

BARBOSA, Rui. Discursos, orações e conferências. São Paulo: Iracema, 1965, 3v.

BARROS MONTEIRO, Washington de. Curso de direito civil - direito das obrigações. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, v. 5.

BERLIN VALENZUELA, Francisco. “El abogado en la sociedad moderna”. In <http://letrasjuridicas.com/2/berlin2.doc>, 2007. Acesso em 23 de setembro de 2009.

BIELSA, Rafael. “Responsabilidad profesional del abogado por daños en el ejercicio de su misión”, 1980. In Revista jurídica argentina La Ley, 1980-C-489.

BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade civil: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago. “La obligación del abogado en su responsabilidad civil: obligación de medios”, 2006. In <http://porticolegal.com>.

CARVALHO SANTOS, J. M. Código Civil brasileiro interpretado. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953.

CARVALHO SANTOS, J. M. Repertório enciclopédico do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, 2v.

CERVILLA GARZÓN, Maria Dolores. “La obligación de información del abogado”. Revista General de Derecho n. 676-677, fevereiro de 2001.

CRESPO MORA, Maria Carmen. “La responsabilidad civil del abogado en El Derecho español”, 2006. In tirantonline, consulta em 30.04.2010.

CRESPO MORA, Maria Carmen. “Responsabilidad del abogado”. Revista de Derecho n. 25, 2006 in <http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho>. Acesso em 02 de outubro de 2009.

CRESPO MORA, María Carmen. La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil. Madri: Thomson Civitas, 2007.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Lineamentos da nova reforma do CPC: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001. São Paulo: RT, 2002.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luis Carlos de. Lições de história do processo civil romano. São Paulo: RT, 1996.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luis Carlos de. Lições de processo civil canônico - história e direito vigente. São Paulo: RT, 2001.

D'ORSI, Vincenzo. La responsabilità civile Del professionista. Milão: Giuffré Editore, 1981.

DENARI, Zelmo. “Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DÍEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del derecho patrimonial. Introducción – Teoría del contrato. Madrid: Civitas, 1993, vol. I.

DINIZ, Maria Helena. Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 1984.

DOMINGO, Elena Vicente. Tratado de responsabilidade civil, 2ª edição. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003.

GAMARRA, Jorge. Responsabilidad civil médica. Montevidéo: FCU, 2000.

GARCIA AMIGO, Manuel. Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual. Madri: Editorial Tecnos, 1965.

GAVALDA, Christian. Chronique de droit bancaire. Paris: J.C.P., 1976.

GOMES, Orlando. Obrigações. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil: um estudo em homenagem ao professor Sílvio Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 1990.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRELLET-DUMAZEAU. Le barreau raoin. Paris: Durand, 1858.

GUIMARÃES DE SOUZA, Mário. O advogado. Recife: Waldemar Ferreira, 1935.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Arturo. Evolución del abogado, 2005. In <http://dialogodigital.com/es>.

HORTA TAVARES, Fernando. “O papel do advogado: a representação processual no direito romano e nos tribunais da inquisição”. In Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3456>>. Acesso em 03 de setembro de 2009.

ITURMENDI MORALES, Gonzalo. “La responsabilidad civil de las sociedades profesionales”, VIII Congreso Nacional sobre la responsabilidad civil y la seguridad vial. Santander: Sepín, 2008.

JOURDAIN, Patrice. Le devoir de ‘se’ renseigner (Contribution à l’étude de l’obligation de renseignement). Chr, 1983.

JUNQUEIRA AZEVEDO, Antônio. Negócio jurídico. São Paulo: Saraiva, 2000.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2001.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. “Responsabilidade e suas raízes”. In: Responsabilidade civil; doutrina e jurisprudência. Yussef Said Cahali (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1988, p. 241-261.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. Instituições de direito civil. São Paulo: Saraiva, 1988.

LÔBO, Paulo Luiz Netto, Responsabilidade Civil do Advogado. Jus Navigandi. In <http://www.jus.com.br>.

LUCKER MEIRELLES DE OLIVEIRA, Ana Lúcia. Litigância de má-fé. São Paulo: RT, 2000.

MACIEL FRANÇA MADEIRA, Hálcio. *A advocatio no direito romano*. São Paulo, Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 1996.

MACKENZIE, Lord. *Estudios de derecho romano, comparado en algunos puntos com el francés el inglés e el escocés*. Madrid: Francisco Góngora Editor, 1876.

MADRAZO, Jorge. “Los retos actuales del abogado en México”, 1989. In <http://www.juridicasunam.mx>.

MAYR, Robert Von. *Historia del derecho romano*. Barcelona: Editorial Labor S/A, 1941.

MARTÍ MARTÍ, Joaquim. “La certidumbre razonable de la probabilidad del resultado en la responsabilidad civil del abogado”, 2006. In <http://www.bufetejmarti.com>.

MARTÍ MARTÍ, Joaquim. “La responsabilidad ‘objetiva’ del abogado em el ejercicio de su profesión”. *Diario La Ley*, año XXIV, n. 5846, 2003.

MARTÍ MARTÍ, Joaquim. “La responsabilidad civil del abogado a resultas de la Ley de Sociedades Profesionales”, 2005. In [www.bufetejmarti.com](http://www.bufetejmarti.com).

MARTÍ MARTÍ, Joaquim. *La responsabilidad civil del abogado y del procurador*. Barcelona, Bosch Editor, 2007.

MARTIN LOMBARDA, Pablo. *Responsabilidad del abogado*, 2005. In <http://www.justiniano.com>.

MARTINI, Demetrio de. *I fatti produttivi di dano risarcibile*. Padova, Cedam, 1983.

MARTINS COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 4. ed. Paris: Sirey, 1949.

MEIRA, Sílvio. "Advocatus". In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v.5, p. 48.

MENGONI, Luigi, "Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi". In *Riv. dir. comm.*, 1954.

MIRANDA SUÁREZ, Francisco. "Responsabilidad civil del abogado", 2007 in <http://www.medilex.cl>. Acesso em 02 de outubro de 2009.

MOITINHO DE ALMEIDA, Luis Pedro. *Responsabilidade civil dos advogados*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1985.

MONTERROSO CASADO, ESTHER, "La responsabilidad civil del abogado: criterios, supuestos y efectos", 2007. In <http://uax.es/publicaciones/archivos>.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 2v.

MOREO ARIZA, Javier. "La compleja configuración del daño en la responsabilidad civil del abogado", 2007. In <http://www.indret.com>.

NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. São Paulo: Ícone, 8ª edição, 1988.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª edição, 1999.

NOVAIS DIAS, Sérgio. *Responsabilidade civil do advogado - perda de uma chance*. São Paulo: LTr, 1999.

ORTEGA, Juan Perán. "*La responsabilidad civil profesional del abogado y su aseguramiento*". *Revista de Derecho vLex*, abril 2001, p. 02. In <HTTP://vlex.com/vid/102080>, consulta em 12.05.2010.

ORTI VALLEJO e otros. Curso de Derecho Civil II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

ORTI VALLEJO, Antonio. "Derecho a la información". En Comentarios a la LCU, dir. Por Rodrigo Bercovitz (coord.), Madrid, Civitas, 1992.

OSÓRIO GOMES ROCHA, Paulo, "Responsabilidade Civil do Advogado, aspectos jurídicos de sua má atuação". Jus Navigandi. 2005. In <http://www.jus.com.br>.

PADILLA, Francisco. Etica y cultura forense. Córdoba: Assandri, 1962.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILO, Bernardo. Deontología jurídica. Ética del abogado, 5ª ed. México: Porrúa, 2000.

PLANIOL, Mareei; RIPERT, Georges. Traité pratique de droit civil français - Obligations. 2ª ed. Paris: LGDJ, 1952, v. 6.

RAMOS FERREIRA, Cremilda Maria. Sigilo profissional na advocacia - responsabilidade decorrente da violação do dever do sigilo. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.

RANGEL DINAMARCO, Cândido. A reforma da reforma. São Paulo: Malheiros, 2002.

RANGEL DINAMARCO, Cândido. Execução civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1987.

RANGEL DINAMARCO, Cândido. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3.

REALE, Miguel. O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986.

REGLERO CAMPOS, L. Fernando y otros. Tratado de responsabilidade civil, 2ª edição. Navarra: Thomson Aranzadi, 2008.

REGLERO CAMPOS, L. Fernando. “La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. In [asociacionabogadosrcs.org](http://asociacionabogadosrcs.org), 2007, consulta em 30.04.2010.

REPRESAS, Félix Alberto. “Responsabilidad civil del abogado”, 2003. In <http://www.rubinzal.ar> . Acesso em 27 de agosto de 2007.

REPRESAS, Félix Alberto. Responsabilidad civil del abogado. Buenos Aires: Hammurabi, 1996.

REPRESAS, Félix Alberto. Trigo. Responsabilidad civil de los profesionales. Buenos Aires: Astrea, 1978.

REZENDE, Astolpho. A função social do advogado. Revista de Jurisprudência Brasileira. Rio de Janeiro: Marcello e Cia., 1939, v. 42.

RIBEIRO, Alex Sandro, “Responsabilidade Civil do Advogado e o código consumerista”. Jus Navigandi. 2003. In <http://www1.jus.com.br>.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RODRIGUES, Sílvio. Direito civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4.

ROSSI, Júlio César. Responsabilidade civil do advogado e da sociedade de advogados. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

SABÓIA CAMPOS, Maria Luiza de. Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor. São Paulo: Cultural Paulista, 1996.

SAID CAHALI, Yussef. Responsabilidade civil-doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1988.

SALVADOR, Serra. “La relación de servicios del abogado”. In [tirantonline.com](http://tirantonline.com), consulta em 28.04.2010.

SALVO VENOSA, Sílvio de. “A responsabilidade civil dos advogados”. In Valor Econômico. São Paulo, 12 mar. 2002, Legislação e Tributos.

SALVO VENOSA, Sílvio de. Direito civil – responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2004.

SANTARELLI ZULIANI, Ênio. “Responsabilidade civil do advogado”. In Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil. Porto Alegre, 2003, p. 127 e seguintes.

SAVATIER, René. Traité de la responsabilité civile em droit français. Paris: LGDJ, v. 2, 1939.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela. La responsabilidad civil del abogado. Navarra, Espanha: 2000.

SIEBENEICHLER ANDRADE, Fábio. Responsabilidade civil do advogado. São Paulo: Revista dos Tribunais n. 697, p. 22/23, 2006.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. Responsabilidade civil - de acordo com a Constituição Federal de 1988.2. ed. e 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SINDE-MONTEIRO, Ferreira. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

SOARES, Orlando. Responsabilidade civil no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SOTO NIETO, Francisco. La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo. Madri: Editorial Montecorvo S/A, 1982.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: RT, 1997.

STOLZE PAMPLONA FILHO GAGLIANO, Pablo. Novo curso de direito civil - responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3.

STUDIO GRIFASI, “La responsabilit  dell’avvocato”, 2006. In [www.studiogrisafi.com](http://www.studiogrisafi.com).

TEJEDOR MU OZ, Lourdes. “Responsabilidad civil”, 2003, *in* Revista de Derecho Inmobili rio, p. 372.

ULHOA COELHO, Fábio. O empresário e os direitos do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994.

VASSILIEFF, S lvia. Responsabilidade civil do advogado. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

VILAÇA AZEVEDO,  lvvaro. Curso de direito civil: teoria geral das obriga es. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Breves comentários   2a fase da reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2002.

XAVIER MILANEZI, José Guilherme. “Da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance”, 2007. In [paranaonline.com.br](http://paranaonline.com.br), consulta em 02.05.2010.

YÁGÜEZ, Ricardo  ngel. “La responsabilidad civil del abogado”, 2007. In <http://www.indret.com>.

YANES, YANES PEDRO. Comentário a la Ley de Sociedades Profesionales. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007. In [tirantonline.com](http://tirantonline.com), consulta em 28.04.2010.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. El abogado en la sociedad moderna. Madrid, Réus S/A, 1989.

ZAMPROGNA MATIELLO, Fabrício. Dano Moral, Dano Material e Repara o, Sagra Luzzato, Porto Alegre, 2006.

ZAMPROGNA MATIELLO, Fabrício. Código Civil Comentado. LTr, São Paulo, 2007.

ZAMPROGNA MATIELLO, Fabrício. Curso de Direito Civil – Parte geral (volume 1). LTr, São Paulo, 2007 (2).

ZAMPROGNA MATIELLO, Fabrício. Curso de Direito Civil – Direito das obrigações volume 2). LTr, São Paulo, 2007 (3).

ZAMPROGNA MATIELLO, Fabrício. Curso de Direito Civil – Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade (volume 3). LTr, São Paulo, 2008.

ZAMPROGNA MATIELLO, Fabrício. Curso de Direito Civil – Direito das Coisas (volume 4). LTr, São Paulo, 2008 (2).

ZANCHET, Marília. “A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro”. In Revista de direito do consumidor n. 58, 2006, p. 132.