

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO

Leónidas Napoleón Montenegro Reyes

Director: Dr. Luis Parraguez Ruiz

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogado de las
Cortes y Tribunales de la República del Ecuador

Quito

Diciembre 2010

© Derechos de autor

Leónidas Napoleón Montenegro Reyes

2010

*Dedico este trabajo a mis abuelos Napoleón y Beatriz,
a mis padres Isabel y Eduardo, quienes con su amor,
apoyo y confianza han permitido que culmine una etapa
más de mi vida.*

Agradezco profundamente a Luis Parraguez, por su invaluable ayuda, comprensión y paciencia; ya que gracias a su conocimiento y sabiduría he logrado concluir el desarrollo del presente trabajo; a Jessica Cáceres, mi novia, quien con su amor y paciencia me ha acompañado en los momentos más difíciles; a mi tío Luis Reyes que siempre ha sido una voz de aliento y consejo; y a mis amigos Fernando Flores mi socio y camarada, Carlos Mejía mi mentor y maestro, Marcelo Enríquez mi hermano desde la infancia, Geovanny Landívar mi camarada, Galton Estrella, Julio Páez y David Solano caballeros intachables quienes siempre me han brindado su amistad sincera y su apoyo incondicional.

Resumen

En los últimos años, el derecho y la doctrina comparada nos muestran un incremento en el número de demandas contra abogados por mala praxis. Todas estas buscando establecer la responsabilidad civil de los abogados por los daños ocasionados a sus clientes. En esta investigación se realiza un examen sistemático de los principales problemas que giran alrededor del tema, apoyados en las innumerables sentencias del Tribunal Supremo Español. Se destaca el estudio del daño que puede provocar el abogado negligente, por la no custodia de documentos del cliente, y como esta se refleja en el daño denominado por la doctrina como “perdida de chance”.

La presente tesina busca establecer como nuestro ordenamiento jurídico contempla la responsabilidad civil, y como esta puede ser aplicada a la responsabilidad profesional de los abogados y bajo qué régimen legal.

Abstract

In the last years, the law and the compared doctrine teach us a notable increment in the number of claims against lawyers for legal malpractice. All these claims look for establish the professional liability of the lawyers for the damages caused to their clients. In this investigation is carried out a systematic examination of the main problems that surround the topic, supported in a lot of sentences of the Spain's Supreme Court. In this work stands out the study of the damage that the negligent lawyer can cause when doesn't keep client's documents in organize and safe way, and how this is reflected in the damage denominated by the doctrine like "loss of a chance."

The present work looks to settle down how our juridical classification contemplates the civil responsibility, and how this can be applied to the professional responsibility of the lawyers and under what kind of legal regime.

Índice

Introducción.....	x
Capítulo 1.- Responsabilidad civil del abogado	
1.1. ¿Qué es la responsabilidad civil?.....	1
1.2. Elementos de la responsabilidad civil.....	6
1.2.1. La existencia de culpa ¿Responsabilidad subjetiva u objetiva?.....	6
1.2.2. Existencia de un daño real.....	10
1.2.3. La presencia de la relación de causalidad como un nexo indispensable.....	11
1.3. Naturaleza de la relación jurídica abogado-cliente	
¿Contrato de mandato o contrato de prestación de servicios?.....	13
1.4. Naturaleza de la responsabilidad profesional del abogado.....	23
1.4.1. Responsabilidad civil del abogado.....	27
1.4.2. Responsabilidad contractual o extracontractual.....	32
1.4.3. Requisitos de la responsabilidad contractual del abogado.....	34
Capítulo 2.- Incumplimiento de la obligación de custodia de la documentación del cliente	
2.1. Obligaciones legales y contractuales del abogado.....	38
2.1.1. Obligaciones de medio y de resultado.....	38
2.1.2. Naturaleza de las obligaciones del abogado.....	43
2.2. ¿Dolo o culpa del abogado?.....	45
2.2.1. ¿Se debe probar el dolo o la culpa?.....	57
2.3. Inadecuada custodia de documentos del cliente por su pérdida o destrucción.....	61
Capítulo 3.- El daño derivado de la actuación del abogado y su reparación	
3.1. ¿A quién corresponde la carga de la prueba?.....	70

3.2. El daño presupuesto básico de la responsabilidad civil del abogado.....	75
3.2.1. Características del daño.....	76
3.2.2. ¿Cuál es el tipo de daño por el que debe responder el abogado?.....	79
3.2.3. Determinación y prueba del daño emergente y lucro cesante.....	86
3.3. Valoración del daño indemnizable.....	89
3.3.1. Juicio de prosperabilidad.....	90
3.3.2. Pérdida de chance.....	91
3.3.3. Indemnización del daño.....	95
Conclusiones.....	98
Bibliografía.....	103

INTRODUCCIÓN

Desde mediados de la década de los noventa, se ha podido apreciar, en el derecho comparado, un notable incremento en el número de acciones encaminadas a reclamar por la mala *praxis* de los abogados en situaciones en las que comprometen sus servicios profesionales en procesos judiciales. Se ha experimentado un inusitado aumento en las demandas por responsabilidad civil basadas en los daños emanados de un ejercicio profesional negligente y deficiente por parte de los letrados.

La situación no se aprecia de la misma manera en la realidad jurídica ecuatoriana, donde lamentablemente no contamos con precedentes jurisprudenciales sobre el tema, suponemos, debido a que resulta inusual entablar demandas por clientes contra sus abogados.

El acelerado desarrollo del derecho de daños ha influenciado notablemente en la visión tradicional de la responsabilidad civil, reestructurándola hasta extremos antes inconcebibles por la doctrina clásica. Esta moderna apreciación de la responsabilidad civil, pasa por alto la tesis jurídica sobre la dualidad en su régimen jurídico y la reemplaza por una teoría del derecho de daños que la absorba y la unifique. Esta nueva tendencia con miras a la obtención de una adecuada reparación del daño injusto ha abandonado aspectos subjetivos de imputación de la responsabilidad (tales como la culpa o el dolo), inclinándose por factores objetivos de atribución de la misma.

En este trabajo se menciona esa nueva tendencia, y se analiza si es posible la existencia, en alguna medida, de un factor objetivo de atribución de la responsabilidad civil del abogado; o por el contrario, mencionar si todavía las antiquísimas nociones subjetivistas resultan aún aplicables a la delicada situación del profesional del derecho al ejercer su ciencia en un proceso judicial.

Se analizará, temas controvertidos relacionados a la responsabilidad civil del letrado; como efectivamente lo es el establecer el régimen jurídico de la responsabilidad

civil aplicable al abogado, en función del vínculo contractual o extracontractual que lo vincule a su cliente, y cuál es el contenido de la obligación con la que compromete sus servicios.

De igual manera, reflexionaremos sobre el tipo de comportamiento que se le puede exigir al letrado en virtud de su *lex artis*. Es decir, la diligencia normal y mediana que se le exige al buen padre de familia o, aun más exigente, una diligencia esmerada y celosa en virtud, tanto de los importantísimos servicios que presta, como también por contar con los conocimientos científicos necesarios para llevar a cabo su labor; o deberá responder por obligaciones de resultado que se ven esperadas en cada acto que el abogado realice en el proceso judicial, dejando de lado el nivel de diligencia exigible en base a una obligación de medios.

Se establecerá cuál es el tipo de incumplimiento que se le puede atribuir al letrado, en función del tipo de obligación que comprometa sus servicios. Es decir, ¿se lo podrá requerir ante los jueces por no haber obtenido el triunfo de la pretensión de su cliente, entendida esta como la falta de un resultado, o por el contrario, por no desarrollar su actividad profesional con diligencia?

Se estimará además, si la naturaleza del daño ocasionado al cliente, es material o moral y cuál es su alcance. Para ello, acudiremos a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo de Justicia de España, la cual nos brinda las pautas claves para confrontar los criterios esgrimidos y poder así confrontar las distintas soluciones que se han diseñado en la doctrina para intentar dar salida al problema de la responsabilidad civil del abogado, entre las cuales se encuentran la pérdida de oportunidad o chance, y el juicio de prosperabilidad; y si tales criterios jurisprudenciales, son susceptibles de ser aplicados a nuestro sistema jurídico.

CAPÍTULO I

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO

1.1 ¿Qué es la responsabilidad civil?

De manera general, podemos decir que todo daño injusto acaecido sobre la persona o el patrimonio de un individuo debe ser reparado. Observada la situación desde este ángulo, la responsabilidad civil comporta la obligación que vincula a toda persona que ha ocasionado un daño injusto, o que sin haberlo ejecutado, debe soportar los efectos de resarcir el perjuicio sufrido por la víctima mediante una indemnización.

Algunos autores, como ELOY MADURO LUYANDO¹, al desarrollar su concepto de responsabilidad civil, toman en cuenta ciertos factores muy arraigados en el desarrollo doctrinario de la teoría clásica subjetivista del tema que nos ocupa; tales como la culpa y el hecho ilícito, al afirmar que la responsabilidad civil es la obligación de resarcir que pesa sobre el patrimonio de la persona que al ocasionar un hecho ilícito con culpa, degenera en un daño.

En sentido similar se pronuncia FÉLIX TRIGO REPRESAS al decir que:

Responder civilmente *lato sensu* es el deber de resarcir los daños ocasionados a otros por una conducta lesiva antijurídica o contraria a Derecho; de manera que ser civilmente responsable significa estar obligado a reparar por medio de una indemnización el perjuicio provocado a otras personas (...)²

¹ E. MADURO LUYANDO et al., *Indemnización de daños y perjuicios*, Jurídica Bolivariana, Venezuela, 1998, p. 122

² F. TRIGO REPRESAS: “Responsabilidad civil del abogado”; *Revista de Derecho de Daños, Daños Profesionales*, vol. 8, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, s.f., p. 81

Entonces, para los autores citados, “*el objeto del derecho de la responsabilidad civil [en sus dos vertientes tanto contractual como extracontractual], es establecer los requisitos para que el daño sufrido por una persona dé lugar a una acción reparatoria*”³; requisitos que no serían otra cosa que condiciones jurídicas necesarias para poder atribuir el origen de ese mismo daño a una acción o omisión lesiva, que bien pudo o no ser ejecutada por el agente.

Al respecto, marcamos distancia con el sector doctrinario que requiere la existencia de un hecho ilícito y de culpa, y participamos de la más moderna doctrina que ha puesto en tela de duda no solo el requisito de la antijuridicidad o ilicitud del hecho o conducta del agente (es decir un daño puede tener tanto un origen ilícito como uno lícito); sino que también ha debatido arduamente sobre la “*tipicidad o atipicidad del ‘hecho ilícito’, entre culpa y riesgo, entre sanción y reparación del resarcimiento [distributivo], entre daño como categoría pre jurídica y daño como categoría jurídica*”.⁴

LUIGI CORSARO⁵, al comentar sobre la nueva codificación de la ley civil italiana que entre sus líneas ya no hablará de actos ilícitos, delitos y cuasidelitos, sino de hechos ilícitos o dañosos; nos invita a distinguir entre la ilicitud del acto como imputabilidad subjetiva del acto como momento subjetivo de la antijuridicidad, y la antijuridicidad objetiva en virtud de la lesión al derecho ajeno como medida objetiva de la antijuridicidad.

La distinción viene dada en razón de que el acto ilícito se encuentra anclado en la subjetividad de su autor, mientras que la antijuridicidad objetiva está dada en los acontecimientos y comportamientos lesivos a un derecho o interés legítimo de la víctima.

En otras palabras, una persona puede ser civilmente responsable prescindiendo de la ilicitud del hecho y de la culpa o dolo con la que haya actuado; y por tanto encontrarse obligada a reparar incluso si el daño ha sido causado lícitamente. Este indudable cambio de enfoque en la responsabilidad civil, se debe al vuelco dado en dirección a la víctima; es decir, en la doctrina tradicional del derecho de daños, se ponía un mayor énfasis en la

³ E. BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 1ra ed., Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006, p. 24

⁴ MASSIMO FRANZONI, et al., *Estudios sobre responsabilidad civil*, 1ra ed., Ara Editores, Lima, 2001, p. 197

⁵ LUIGI CORSARO, et al., *Estudios sobre responsabilidad civil*, 1ra ed., Ara Editores, Lima, 2001, p. 153

obligación de indemnizar que pesaba sobre el autor del perjuicio a manera de sanción, con el objeto de reprimir su conducta dolosa o culposa en el cometimiento del daño.

En la actualidad, la doctrina y la jurisprudencia comparada dirige sus miradas no solo a la persona que debe responder por el daño, sino que prioriza a la víctima como acreedora de una indemnización. Existe una dualidad en la que *“tanto la represión como el resarcimiento pertenecen a una misma función de la responsabilidad que se dirige al deudor desde el primer ámbito, y funciona para el acreedor desde el otro aspecto”*.⁶

Todos estos cambios de gran importancia jurídica para la teoría de la responsabilidad civil, se deben en gran medida al desarrollo de doctrinas creadas en respuesta a las necesidades y complejidades del mundo moderno; donde la responsabilidad civil basada exclusivamente en criterios subjetivos no resulta suficiente para dar solución a los innumerables problemas de una sociedad cada vez más tecnificada y compleja en sus relaciones mercantiles e interpersonales.

Estas doctrinas gravitan alrededor del desarrollo del enfoque objetivo de la responsabilidad civil, en el cual todo daño injusto debe ser reparado, independientemente de un factor de imputación subjetiva o reproche moral al causante del perjuicio; lo que verdaderamente importa es saber a quién se debe imputar dicho perjuicio y establecer a la persona que debe soportar la carga resarcitoria del daño.

Por todo lo expuesto, participamos de la tesis de la distribución del daño desarrollada por JOSSE RAND (la misma que a nuestro parecer va de la mano con la distribución del riesgo y que analizaremos brevemente al hablar de la culpa como elemento de la responsabilidad civil), en la cual se establece que la justicia distributiva debe ser aplicada en casos en los que la persona que deba responder sea distinta de aquella que causo el daño.

De lo dicho sobre la distribución del daño, se puede inferir, que ha sido una de las causas de la reformulación de la teoría de la responsabilidad, que modernamente pone su acento no solo en la persona de la víctima como acreedora un derecho de resarcimiento;

⁶ G. MESSINA GUTIÉRREZ, *La responsabilidad civil en la era tecnológica*, 2da ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 22

sino que además reconoce la importancia del daño injusto como hecho de atribución objetiva del perjuicio.

En síntesis, la razón de la responsabilidad civil es la prestación que se impone al deudor con la finalidad de satisfacer totalmente los perjuicios que el daño ha causado al acreedor⁷; es decir, por razón de la responsabilidad civil, nos referimos a ese ánimo de custodiar esa equivalencia armoniosa que debe existir tanto en la esfera patrimonial como la esfera extra patrimonial de las personas, las mismas que al ser vulneradas por un daño injusto, deben contar con un mecanismo idóneo que les permita recobrar el equilibrio perdido.

Ahora, una vez entendido lo que la responsabilidad civil implica modernamente, nos corresponde saber cuáles son las circunstancias potencialmente dañinas en las que puede presentarse la responsabilidad, y por ende la obligación de reparar o retribuir; las mismas que a decir de JAVIER TAMAYO, “*consisten en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito, el cuasidelito, o la violación del deber general de prudencia*”.⁸

Según lo expuesto por el autor citado, se deduce lógicamente, que se está refiriendo a las dos vertientes de la responsabilidad civil, la primera correspondiente al campo contractual, y la segunda al ámbito extracontractual; siendo esta última el derecho común de la responsabilidad, a diferencia de la responsabilidad contractual que se constituye en el derecho de excepción. Esto quiere decir, que todo ámbito de la responsabilidad civil que no esté enmarcado en los linderos de un contrato válidamente celebrado cae en el campo de la responsabilidad extracontractual o aquiliana⁹.

Siguiendo en la misma línea de la responsabilidad extracontractual, debemos hacer una precisión a lo manifestado por TAMAYO, cuando el ilustre doctrinario se refiere al delito, al cuasidelito, o a la violación del deber general de prudencia como manifestaciones distintas, se está refiriendo a una misma hipótesis jurídica, por lo que incurre en una

⁷ G. MESSINA GUTIÉRREZ, *op.cit.*, p. 24-25

⁸ J. TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de responsabilidad civil*, 2da ed., t. I, Legis, Bogotá, 2002, p. 8

⁹ B. QUINTERO DE PRIETO, *Teoría básica de la indemnización*, 3ra ed., Leyer, Bogotá, 2000, p. 17

tautología. El deber general de prudencia, no es más que una regla de comportamiento que absorbe a todas las situaciones jurídicas que no estén enmarcadas en un contrato.

El deber general de prudencia, es uno de los principios de la responsabilidad civil que tiene sus bases en la antigua Roma, con el antiquísimo adagio de ULPIANO *neminem laedere* (que es la Ley Aquilia) o también conocido como *alterum non laedere*, precepto cuya violación comporta una sanción.¹⁰ Por ende, y como ya se afirmó que todo lo que no pertenezca al contrato es parte de la responsabilidad extracontractual, este principio que subyace en la estructura y en las reglas mismas de la “*responsabilidad aquiliana o extracontractual o delictual o cuasidelictual se extienden a la cuasicontractual y a la legal propiamente dicha*”.¹¹

Como se puede apreciar de lo anotado hasta el momento, la responsabilidad civil puede tener una connotación tanto contractual como extracontractual, presentándose en la primera en caso de incumplimiento de obligaciones contractuales, y en la segunda si se violenta el principio *neminem laedere*.

En todo caso la responsabilidad civil da lugar a la obligación de ser reparado por los perjuicios del daño injusto; en este sentido, el artículo 1453 del Código Civil al tratar sobre la fuente de las obligaciones, reconoce estos dos ámbitos de la responsabilidad al manifestar que “*las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades... como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga... en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley...*”¹²

Para concluir, cuando hablamos de responsabilidad civil *lato sensu*, abordamos la obligación de resarcir el daño injusto causado en un derecho o interés legítimo de terceros, a consecuencia de un hecho igualmente injusto; es decir, ser civilmente responsable es estar obligado a remediar mediante una reparación o compensación el perjuicio ocasionado a otras personas, sin importar que haya o no un contrato de por medio.

¹⁰ MASSIMO FRANZONI, et al., op.cit., p. 191-192

¹¹ B. QUINTERO DE PRIETO, op.cit., p. 17-18

¹² Código Civil (Ecuador), artículo 1453. Ver también el Título XII Del efecto de las obligaciones, artículos 1563, 1569, 1571, 1573, 1574; y el Título XXXIII De los delitos y cuasidelitos.

1.2. Elementos de la responsabilidad civil

De lo analizado hasta el momento, enfatizamos que el daño injusto da lugar al nacimiento de la responsabilidad civil, la cual a su vez conlleva la obligación indemnizatoria. Esta responsabilidad se configura, según la doctrina tradicional, de tres elementos claves comunes, tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual, los cuales son el hecho o culpa, el daño y el nexo causal entre los dos.

Estos elementos no han pasado desapercibidos para nuestra jurisprudencia nacional, los cuales han sido recogidos por la Corte Suprema, entre otros, en el siguiente fallo de 19 de marzo de 2003:

Para que exista responsabilidad civil extracontractual por un hecho o acto ilícito, se requiere que concurren los siguientes elementos. a) Que el hecho o acto sea contrario a las normas legales o reglamentarias; b) Que haya dolo, culpa u otro factor determinado por la ley; c) Que exista daño patrimonial o moral y d) Que medie un nexo de causalidad entre el hecho o acto ilícito y el daño.¹³

Consideremos resaltar nuevamente, que los elementos aquí tratados les son usuales tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual; razón por la cual se tratará de darles un enfoque amplio que abarque a estos dos campos de la responsabilidad, previamente a establecer cuál de estos dos ámbitos alcanza al ejercicio profesional del abogado y en qué grado.

La existencia de culpa ¿Responsabilidad subjetiva u objetiva?

Al tratar sobre este elemento, nos adentramos en un punto neurálgico de la teoría de responsabilidad civil; ya que en la actualidad, la doctrina encuentra a esta teoría jurídica insuficiente y caduca para dar solución a una innumerable variedad de nuevos daños que

¹³ Corte Suprema de Justicia (Ecuador), sentencia en el caso Viñán Vásquez contra la Federación Médica Ecuatoriana y otros, publicada en la G.J, Año CIV, Serie XVII, No. 12, p. 3730. En similares términos el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas, Tomo X, pág. 3, "para que una persona se vea afectada a la responsabilidad delictual o cuasidelictual deben concurrir los siguientes requisitos: a) hecho doloso (delito) o culposo (cuasidelito) de una de las partes; b) que ese hecho doloso o culposo ocasione un perjuicio a la otra parte, la víctima; y c) que entre el hecho doloso o culposo y los perjuicios haya relación de causalidad, esto es, que los daños o perjuicios sean consecuencia directa e inmediata de aquél", ob.cit. Sentencia 6 de abril de 2001, publicada en la G.J, Año CII, Serie XVII, No. 5, p.1324. Véase también, pero refiriéndose específicamente a la responsabilidad del abogado, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia No 5 de Valencia, en sentencia de 22 de abril de 2005, en el procedimiento ordinario No 476/2004, resumida por Sentencia del Tribunal Supremo de España de 23 de febrero de 2010, publicado en ROJ 988/2010.

no pueden encontrarse atados a una teoría de corte subjetivista, por lo que han optado por una de criterio objetivo.

Según la teoría de la culpa o subjetivista, “*en la responsabilidad civil es esencial que haya un comportamiento mediato o inmediato del responsable*”¹⁴; es decir la preexistencia de una conducta activa u omisiva que provoque un resultado dañoso, pero para que el agente sea tachado de responsable es preciso que en esa conducta este inmersa la culpa o el dolo. Nadie está obligado a responder sino por los daños imputables a su dolo o negligencia.

Así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia en uno de sus fallos más polémicos, que sobre el tema de responsabilidad se han pronunciado, se trata del caso Comité Delfina Torres Vda. de Concha contra PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL, PETROINDUSTRIAL Y PETROPRODUCCIÓN de 19 de marzo de 2003, en el cual reconoce que:

Si bien nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual responde a la llamada teoría subjetiva (en la cual se requiere de la presencia de la culpabilidad como elemento indispensable para su configuración...) se considera que la carga de la prueba de la culpa [que correspondería a la víctima]... particularmente en los casos de actividades de riesgo... [es] necesario revertirla “en el sentido de quien utiliza y aprovecha la cosa riesgosa es al que le corresponde demostrar que el hecho dañoso se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, por culpabilidad de un tercero o por culpabilidad exclusiva de la propia víctima”. [Y más adelante agrega]...la Sala misma recalca que este pronunciamiento no se refiere a la denominada responsabilidad objetiva, en la cual, para el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual del agente, no se requiere que este haya actuado con culpa o dolo, sino que basta que los daños sean consecuencia directa del acontecimiento que lo ha originado.¹⁵

¹⁴ J. SANTOS BALLESTEROS, p. 156; op. cit., por Henri Deschenaux, Pierre Tercier, p. 37; op. cit., por Jean Carbonnier, núm. 93; op. cit., por Luis Pascual Estevill, t. II, núm. 79; op. cit., por J. TAMAYO JARAMILLO, op.cit., t. I, p. 188

¹⁵ Corte Suprema de Justicia (Ecuador), sentencia en el caso Comité Delfina Torres Vda. de Concha contra PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL, PETROINDUSTRIAL Y PETROPRODUCCIÓN, publicada en la G.J, Año CIII, Serie XVII, No. 10, p.3005. Nuestra jurisprudencia sentada por la Corte Nacional, completamente apegada a la teoría clásica, al tratar sobre el tema dice: La culpa es constitutiva del cuasidelito civil, y deben consistir en actos o manifestaciones de la voluntad positivos y formalmente determinados a causar el daño que se reclama. La culpa consiste, continúa, en no precaver aquello que ha podido precaverse o evitarse; en una negligencia, es decir, un no haber previsto las consecuencias dañosas de la propia conducta. La culpa extracontractual, pues se traduce en una negligencia del hecho que, como consecuencia, origina el evento dañoso, el perjuicio económico. Concluye la doctrina al respecto, manifestando, que: "la culpa consiste en la falta de previsión o cuidado, caracterizado siempre (ya se trate de culpa penal o civil, contractual o extracontractual) por la falta de cuidado o diligencia, descuido o imprudencia que produce un daño, apreciable en dinero, sin intención de causarlo. Sentencia de 6 de abril de 2001, en el caso IMPONAC S.A., contra INTERTEK TESTING SERVICES INTERNATIONAL LIMITED, publicada en la G.J, Año CII, Serie XVII, No. 5, p.1324. En similares términos la de 19 de marzo de 2003 (al tratar sobre el delito y cuasidelito civil), publicada en la G.J, Año CIV, Serie XVII, No. 12, p. 3730

Se puede apreciar de la sentencia citada, que nuestra jurisprudencia es reticente a alejarse del sistema subjetivo de la responsabilidad civil consagrada en nuestro sistema, y aún sigue considerando a la culpa como el factor de imputación del deber de responder extendiéndolo incluso al principio del riesgo.

Como se expuso al inicio de este capítulo, las exigencias del mundo moderno de no permitir que ningún daño injusto quede sin reparación, han obligado a que la teoría de la responsabilidad civil sea superada por una teoría de la responsabilidad por daños; se intenta abandonar la responsabilidad por culpa y dar lugar a una objetivación de la responsabilidad tanto en el incumplimiento de obligaciones contractuales, como también por la violación al deber general de prudencia o cuidado en la responsabilidad aquiliana.

En síntesis, al emplear el término responsabilidad objetiva, BEATRIZ QUINTERO DE PRIETO nos dice que aquel:

Puede emplearse en sentido restringido o en sentido amplio; estrictamente, es el sistema que basa el fundamento de la obligación de reparar en la mera causalidad externa material: la obligación de indemnizar se origina en la sola relación de causa a efecto entre el hecho causal y el hecho consecuencia: el acto ilícito [o lícito] generador de responsabilidad está constituido exclusivamente por dos elementos, el obrar humano y el perjuicio, unidos por un nexo de causalidad. En sentido amplio, se refiere a la teoría del riesgo, o responsabilidad sin culpa: teorías del riesgo provecho y del riesgo profesional.¹⁶

Compartimos lo expuesto por la notable autora, pero cabe recordar que el hecho o acto no tiene que tener necesariamente la calidad de ilícito para producir un daño, pues existe una infinidad de situaciones que resultan completamente lícitas, pero que sin embargo son generadoras de daños, como sucede en la sentencia expuesta, en la que una actividad lícita y legal como lo es la producción petrolera produce un daño por ser una actividad de riesgo.

Otro punto interesante a rescatar de la definición dada de responsabilidad objetiva en sentido amplio, es la contraposición entre lo dicho por QUINTERO y lo sentado por nuestra Corte Suprema¹⁷. La Corte parece caer en una confusión al estimar que la teoría del riesgo atribuye una responsabilidad en base a la culpa, es decir con base a un reproche moral; puesto que esta teoría fue desarrollada en base a una atribución de carácter objetivo

¹⁶ B. Quintero de Prieto, op.cit., p. 100

¹⁷ Ver cita 15

sobre la base de la propia actividad de riesgo, es decir en razón de actividades socialmente aceptadas y requeridas, pero que puede ser potencialmente dañinas; razón por la cual la culpa no es un factor tomado en cuenta al momento de estimar quien debe soportar los perjuicios del daño.

La pugna existente entre estas dos teorías ya tiene largo camino. No obstante, parece que la balanza se inclina por la responsabilidad objetiva, conjuntamente con la tendencia a unificar el ámbito contractual y extracontractual de la responsabilidad civil en un solo régimen de responsabilidad.

Sin embargo aún existen tendencias eclécticas que aceptan a la tendencia objetiva, pero sin desprenderse de la imputación por culpa, especialmente en la responsabilidad por el hecho propio y como eximente de responsabilidad objetiva al invocar la culpa de un tercero o de la propia víctima, pues le otorgan a esta un valor genérico y subsidiario al momento de procurar la reparación de todo daño injusto.¹⁸

En sentido similar se pronuncia AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, pero opuesta en cuanto a cuál de las tesis debe tener carácter subsidiario, al afirmar que *“si la culpa se ha individualizado, la cuestión debe resolverse sobre sus pautas. Ningún auxilio ofrecen las presunciones para resolver el litigio. La verdadera trascendencia de la concepción objetiva de la responsabilidad aparece cuando el factor subjetivo no pudo ser probado”*.¹⁹

Para que haya lugar a la responsabilidad civil vista desde su perspectiva subjetivista u objetiva se requiere del obrar humano reflejado en acciones u omisiones; siendo la acción aquel comportamiento mediante el cual las personas con su obrar producen cambios en la realidad, cambios que en el tema que nos compete, producen daños a terceros, pero en cambio al hablar de una conducta omisiva debemos discernir entre la omisión en la acción o comisión por omisión y la omisión propiamente dicha o pura y simple.

¹⁸ J. JOSÉ CASIELLO: ¿Qué queda de la atribución subjetiva a culpa o dolo?, Revista de Derecho de Daños, Creación de Riesgos, vol. 2, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007

¹⁹ Y termina, la profesora, con una frase que recuerda al maestro Orgaz: “...Solo cuando la culpa no existe o no aparece probada, el principio del riesgo ocupa su lugar”. En similares términos se pronuncia SAVATIER al estructurar un sistema mixto, jerárquico, en el cual la culpa sea el criterio general, el principio común y el riesgo creado sea un criterio subsidiario. La responsabilidad excepcional sería entonces la de riesgo creado y se utilizaría en esos casos de muy difícil demostración de la culpa... citado por B. QUINTERO DE PRIETO, op.cit., p. 103

La omisión en la acción sería la omisión de una conducta determinante que necesariamente debió ir aparejada de otra acción, pero que debido a su inejecución produce un daño. Por otro lado, la omisión simple consistiría en la omisión de una conducta cuyas características hubieran evitado indudablemente la generación del daño, pero que fue reemplazada por otra conducta totalmente ajena a la producción misma del daño. En este tipo de omisión, la responsabilidad únicamente puede existir si el agente ostentaba una investidura que lo obliga a actuar ya sea en virtud de la ley o de un contrato.

En palabras de ENRIQUE BARROS, *“podría decirse que la omisión en la acción es la negligencia en sentido estricto, consistente en omitir el cuidado debido cuando se realiza alguna acción”*²⁰, mientras que *“existe omisión propiamente tal cuando frente a un riesgo autónomo, independiente de la conducta del agente, éste no actúa para evitar el daño o para disminuir sus efectos, pudiendo hacerlo”*²¹ o debiendo hacerlo en virtud de razones excepcionales que lo obliguen a actuar.

*“La razón fundamental radica en que mientras la acción genera por sí misma el riesgo de un daño, la omisión se refiere a la posibilidad de evitar un riesgo cuyo origen es independiente de la persona pretendidamente responsable.”*²²

Existencia de un daño real

Como mencionamos líneas atrás, el daño representa no solo la piedra angular de la responsabilidad civil, sino su propia razón de ser, ya que independientemente de la conducta culpable o no culpable del agente, lo que interesa es la existencia efectiva del daño y que este sea injusto.

Por tanto, por daño debemos entender a ese detrimento o malestar injusto que un individuo sufre en su patrimonio o en su persona, limitando sus capacidades legítimas para disfrutar de un determinado derecho o interés; de esta manera el daño injustamente causado por cualquier persona es civilmente indemnizable. Ya que el objetivo esencial de la responsabilidad civil es dar una corrección ideal a la afectación moral o patrimonial de la víctima, recobrando el equilibrio perdido a consecuencia del daño.

²⁰ E. BARROS BOURIE, op.cit., p.125

²¹ *Ibíd.*, p. 126

²² DEUTSCH/AHRENS, 2002, p. 19, op. cit., *ibíd.*, p.124

Entonces, partiendo de esta idea, el daño como un efecto adverso puede ser en primer lugar patrimonial, es decir perjudicando directamente al patrimonio de la víctima; o en segundo plano puede ser extrapatrimonial o moral, vulnerando ciertos bienes que a pesar de no representar ningún valor dinerario, se encuentran dotados de un amplio margen de protección jurídica. Esto nos lleva a la lógica conclusión, que el daño no solamente es un elemento de la responsabilidad civil, sino a su vez el objeto mismo de su existencia.

Si el daño lesiona un interés patrimonial o extrapatrimonial de una persona, la consecuencia lógica de este suceso es que el perjudicado demande la reparación inmediata del perjuicio sufrido; su pretensión en juicio, de ordinario, estará dirigida a una indemnización pecuniaria o la restitución del bien o bienes de los que fue privado, tratando en la medida de lo posible de volver al estado anterior a la existencia del daño.

Debido a la importancia preponderante del daño en las modernas doctrinas de la responsabilidad civil, y para un sustento adecuado del tema en estudio, será objeto de análisis en el tercer capítulo de este trabajo; en el que intentaremos dilucidar el alcance del mismo en cuanto a la responsabilidad civil del abogado.

La presencia de la relación de causalidad como un nexo indispensable

En el amplio universo doctrinario al tratar sobre la causalidad estamos refiriéndonos a esa íntima relación de causa y efecto que debe existir entre el hecho injusto y el daño sufrido, y por el cual se debe responder civilmente; y a su vez ese vínculo entre el hecho y el daño debe estar conectado a la persona que, en razón de su propia conducta o prescindiendo de ella, esta llamado soportar los perjuicios del daño. Este es el requerimiento indispensable que se exige para hacer a alguien responsable.

Con respecto a la causalidad se han hilado varias tesis para explicarla, como también se han desarrollado principios y condiciones que deben tomarse en cuenta al momento de determinar su existencia. Por ello intentaremos hacer un breve análisis rescatando dos de las principales posturas doctrinarias y sus principios.

Como punto esencial, debemos mencionar una tesis que postula un requisito o principio general de la causalidad; es la así llamada teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*; la cual manifiesta que para “*dar por acreditada*

*la casualidad debe mostrarse que el hecho por el cual se responde es una condición necesaria del daño. Y un hecho es condición necesaria de un cierto resultado cuando de no haber existido la condición, el resultado tampoco se habría producido”.*²³

En esta postura, se aprecia como la existencia del hecho injusto por sí mismo no basta ni es suficiente para probar el daño, sino además se debe demostrar que ese mismo hecho tuvo una eficacia e eficiencia autónoma para la producción del daño, es decir si al suprimir ese hecho el daño no se habría originado. Por el contrario, si igualmente al eliminar ese mismo hecho, el daño persiste y existe efectivamente, se puede afirmar que ese hecho no fue causa suficiente, imposibilitando la tarea de dar por sentado el nexo de causalidad entre uno y otro suceso.

En relación a esta tesis, se critica que “*sostiene que todas las concausas son causas del daño, sin que pueda distinguirse entre ellas*”²⁴, lo que implica que una serie infinita de hechos concatenados resultan en la causa de un hecho dañoso. Desde nuestro punto de vista, estas críticas no tienen un sustento sólido, puesto que lo que se suprime *in abstracto* es un único hecho al cual la víctima le imputa objetivamente el daño sufrido, y no a una serie imperecedera de hechos. De otra manera si suprimido el hecho, el daño no se produce, este no resulta ni en la causa suficiente ni eficiente para su producción.

Y es justamente sobre el concepto de los vocablos de eficiencia y suficiencia que se desarrollan las tesis de la causalidad adecuada y de la causa eficiente. La primera postula la necesidad de escoger entre un conjunto de condiciones, aquella que resulte suficiente para la producción del daño y elevarla a la categoría de causa. La segunda manifiesta que causa es aquella que por su propia acción es productora de un efecto dado²⁵. Creemos que estas dos teorías se hallan implícitas en la teoría de la condición necesaria, pues como ya se dijo, un hecho no puede ser causa de un resultado si no resulta suficiente y eficiente para la producción del mismo.

Otros aspectos que no se pueden dejar de mencionar, son las así denominadas causalidades jurídicas y físicas, y las casualidades simples y complejas. Las primeras, son aquellas que enfatizan que no siempre existirá coincidencia real de la causalidad física y

²³ E. BARROS BOURIE, op.cit., p. 376

²⁴ B. QUINTERO DE PRIETO, op.cit, p. 79

²⁵ *Ibíd.*, p. 80-81

jurídica de un hecho en la persona del agente. Al respecto cabe diferenciar si se tratan de acciones u omisiones. Así si el agente físicamente ejecuta una acción, pero esa conducta es atribuible a influencias extrañas y externas a su voluntad como el caso fortuito o la fuerza mayor, ya no podremos hablar que existe un nexo causal, ya que este se encontraría desvirtuado.

Por otro lado al hablar de omisiones puede ser que el agente, en nuestro caso específico el abogado, se encuentre legal o contractualmente obligado a una determinada conducta, y gracias a su falta de actuación física, se desemboca en la producción de un daño; es decir, a pesar de no haber un nexo causal físico por su inacción, existe el nexo jurídico que le atribuye la responsabilidad del daño. Y esto es así, gracias a que su actitud omisiva desemboca en una conducta que se le encontraba exigida.

Ahora bien, enfocándonos en la distinción entre la causalidad simple y compleja, podemos decir que existen ocasiones en las cuales tanto víctima como agente establecen su vínculo jurídico bajo la existencia de una única relación causal; y en otras ocasiones se debe determinar una pluralidad de nexos causales correspondientes a una cadena de causas y efectos cuyo origen debería ser solo imputable a la conducta activa u omisiva del agente para poder establecer la correspondiente responsabilidad civil.

Para concluir este punto, no podemos olvidar que, en materia de prueba, el principio general que subyace en este elemento es que la víctima es la llamada a probar la existencia real del daño sufrido, y cómo ese daño se encuentra íntimamente ligado al hecho injusto por el que debe responder el agente.

1.3. Naturaleza de la relación abogado-cliente ¿Contrato de mandato o contrato de prestación de servicios?

Tratándose del vínculo contractual que liga al abogado con su cliente, existe una verdadera discusión que yace en el escenario doctrinario sobre la naturaleza jurídica del contrato profesional; es decir, nos encontramos frente a un contrato de mandato o frente a un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales o prestación de servicios profesionales.

Desde nuestra perspectiva, la situación todavía no ha sido cabalmente resuelta. En posición contraria se manifiesta RUBÉN STIGLITZ, para quién, “*la tesis mayoritaria parecería ser aquella que concluye que se trata de un contrato de locación de obra intelectual*”²⁶; como el tipo jurídico que caracterizaría a la relación contractual establecida en razón de los servicios del profesional del derecho.

a) Tesis del contrato de arrendamiento o prestación de servicios

Esta tesis asegura que en la base de la relación abogado-cliente, se encuentra un contrato de arrendamiento o prestación de servicios, el mismo que se pacta entre el abogado y su cliente, para que el primero asuma la defensa jurídica del segundo.

Tratándose de este acto jurídico el artículo 1856 de nuestro código común lo define como “*un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente (...) a (...) prestar un servicio, y la otra a pagar por este (...) servicio un precio determinado, salvo lo que disponen las leyes del trabajo y otras especiales*”.²⁷ Y más adelante agrega, en el artículo 1946; hablando específicamente del arrendamiento de servicios inmateriales en los que predomina la inteligencia, “*los artículos precedentes se aplican a los servicios que, según el artículo 2022, se sujetan a las reglas del mandato, en lo que no fueran contrarias a ellas*”.²⁸

A su vez el artículo 2022 manifiesta que “*los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato*”.²⁹

De la interpretación de estos artículos se desprende que a los servicios profesionales del abogado, se les puede aplicar las reglas establecidas para el arrendamiento de servicios inmateriales, en tanto no incluyan la facultad de representar y obligar a su cliente. Si tomamos esta teoría como cierta, y en aplicación de los articulados anteriormente mencionados, podríamos afirmar que el letrado vendría a ser el arrendador, en virtud de

²⁶ R. STIGLITZ: “Seguro contra la responsabilidad civil profesional”; Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad de los Profesionales del Derecho, vol. 1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005. p. 94

²⁷ Código Civil (Ecuador), artículo 1856.

²⁸ *Ibíd.*, artículo 1946.

²⁹ *Ibíd.*, artículo 2022.

que se obliga a prestar su servicio profesional, y el cliente el arrendatario, el cual se obliga a pagar un precio determinado.

En el marco de este contrato el abogado posee absoluta discrecionalidad técnica y científica, su obligación como profesional del derecho es de hacer, para lo cual debe emplear todos los medios lícitos y todos los conocimientos que estén a su alcance para cumplir con la prestación debida. Su obligación de hacer contiene un estándar de conducta exigible, una ética especialísima, el compromiso de diligencia frente a su cliente, existencia de un rango de riesgo en virtud de los bienes jurídicos en juego como pueden ser el patrimonio, la libertad o la vida de su cliente.³⁰

Defendiendo esta tesis, encontramos también a ESTHER MONTERROSO, catedrática española de la Universidad Alfonso X el Sabio, para quién “*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*”.³¹

Esta posición es comprensible, no solo por el Estatuto de la Abogacía española que regula esta profesión, sino también en razón de las reformas hechas al Código Civil español en relación con el contrato de servicios, y a la innumerable jurisprudencia de los tribunales españoles, que de manera unánime se han inclinado por consagrar como contrato de arrendamiento a los servicios prestados por el letrado en la defensa de los intereses de su cliente en vía jurisdiccional.

Al respecto, el Tribunal Supremo de España en un fallo de 19 de marzo de 2003 ha manifestado que:

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 o Procurador 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

³⁰ R. LUIS LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, t. II, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 1999

³¹ E. MONTERROSO CASADO: “La responsabilidad civil del abogado: criterios, supuestos y efectos”, *S A B E R E S*, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales, Vol. 3, ed. Universidad Alfonso X el Sabio, Facultad de Estudios Sociales Villanueva de la Cañada, Madrid, 2005, disponible: http://www.uax.es/publicaciones/archivos/SABDER05_006.pdf consultado: 04/10/2009, p. 2

solicitando la asistencia consistente en la correspondiente defensa judicial o extrajudicial de los intereses confiados(...).³²

Pero cabe mencionar que esta tesis ha recibido innumerable críticas, basándose principalmente a la amplia gama de actividades y actuaciones en las que el letrado puede enrolarse, lo que imposibilita que la normativa que regula a este contrato brinde soluciones adecuadas a los innumerables problemas que se desprenden del ejercicio profesional del abogado.

Adicionalmente, enfatizamos que el problema principal de este contrato es que no tiene una autonomía y definición jurídica propia, puesto que para tratar de explicar su naturaleza y brindarle algún calificativo se ha desarrollado varias teorías como la del propio mandato, del contrato atípico, del contrato multiforme y finalmente la teoría del “contrato profesional”, sin que ninguna de estas ponga de acuerdo a la doctrina.

b) Tesis del contrato de mandato

Con respecto a esta teoría, la gran mayoría de autores tienen claro que fue una de las primeras en ser descartadas por el avance doctrinario cuando el mandato fue considerado bajo la noción de la representación y su finalidad o encargo circunscrita a actos jurídicos. Estos dos aspectos fueron los limitantes que hicieron al contrato de mandato insuficiente para englobar a la cada vez más amplia y creciente gama de servicios profesionales.

Pero si nos enfocamos exclusivamente en los servicios profesionales que brinda el abogado para defender los intereses de su cliente en el proceso judicial, la aplicación de la teoría resulta completamente válida³³ (pues la representación y la realización de actos jurídicos en el lugar de ser un limitante, son la esencia misma del trabajo del operador jurídico). Y haciendo nuestras las palabras de MARIO DEVEALI al pronunciarse sobre las profesiones liberales, especialmente las que atañen al Derecho acogemos que “(...) *hay un elemento que tiene una importancia decisiva: la confianza, a menudo más importante que*

³² Tribunal Supremo de Justicia (España), sentencia en el caso de doña Mariana, don Clemente y doña María del Pilar, contra don Armando y don Andrés sobre reclamación de daños y perjuicios derivados de culpa contractual, publicado en ROJ 8024/200. En el mismo sentido las sentencias de 30 de julio de 2007, ROJ 5670/2007; de 01 de diciembre de 2008, ROJ 6678/2008, entre muchas otras.

³³ Ver S. MARIS ALOU, et al., *Fundamentos de derecho contractual*, 1ra ed., t. II, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 323-365

*la capacidad técnica del profesional, siendo este el elemento prevaleciente en el mandato, debe recurrirse con preferencia a las normas de esta figura para aplicarlas, por lo menos analógicamente, al trabajo profesional”.*³⁴

Defendiendo esta tesis, encontramos a MONROY CABRA para quién el abogado es en realidad un mandatario judicial que se constituye en sus funciones mediante un contrato de mandato, que es una de las fuentes de la representación, a través de un poder que puede ser general o especial, y cuya responsabilidad se halla sujeta a su calidad de mandatario. La naturaleza del encargo encomendado por el cliente al operador jurídico implica la prestación de sus servicios profesionales.³⁵

En nuestra legislación, el contrato de mandato se encuentra definido por el artículo 2020 del Código Civil, el cual nos dice que “*mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario*”.³⁶

Por tanto, el mandato es especial si alcanza uno o más negocios específicos del mandate, y general si se extiende a todos los negocios del mismo. Por lo que toca a la administración del mandato, el mandatario debe regirse estrictamente a lo estipulado en el contrato, ya que en el caso que nos ocupa, este permitiría al abogado efectuar únicamente aquellos actos que estén dentro del giro ordinario del negocio, en este caso la representación de su cliente en vía jurisdiccional.

En el mismo sentido recogemos el pronunciamiento sentado por la Corte Suprema, en sentencia de tercera instancia de 6 de noviembre de 1946:

En el mandato especial que comprende uno o más negocios determinados o en el general que se da para todos los negocios del mandante, en cuanto a su administración, el mandatario debe ceñirse rigurosamente a los términos del mandato y éste no confiere naturalmente más que el poder de efectuar los actos de administración que estén dentro del giro ordinario de los negocios, necesitándose para todo lo que salga de esos límites poder especial o más bien dicho, cláusula expresa.³⁷

³⁴ M. DEVEALI, *Naturaleza de las relaciones entre los profesionales y sus clientes*, en L.L. 35-713, op. cit., R. LUIS LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 597

³⁵ G. MONROY CABRA, *Ética del abogado*, 4ta ed., Bogotá D.C., ABC, 2005

³⁶ Código Civil (Ecuador), artículo 2020.

³⁷ Corte Suprema de Justicia (Ecuador), fallo de tercera instancia en el caso de Gonzalo León en contra de Jorge Sánchez, Dawight Carlton Hamill y Lucía Cuadrado de Hamill G.J., Año LI, Serie VII. No. 3, p. 282

Cierta doctrina enmarca la relación abogado-cliente en la figura jurídica del mandato remunerado, ya que el fundamento esencial de este contrato es la confianza, lo que a su vez es la nota distintiva que debe existir en toda relación que el letrado mantenga con su cliente en el ámbito profesional.

Adicionalmente, se hace hincapié en otras características como es el hecho de que se pueda otorgar la representación del cliente al operador jurídico (el abogado actúa como apoderado y no como mero patrocinante), para que este tenga absoluta libertad y autonomía en los aspectos técnicos de la defensa en el proceso judicial. Todo esto acompañado de la opción siempre latente de que el cliente revoque unilateralmente el encargo o sustituya al letrado por otro, sin que se haya determinado un precio específico desde el inicio de la relación; y sin que el resultado último del servicio profesional del abogado deba ser entregado de forma directa.

La Corte Suprema, en un fallo de tercera instancia de 24 de agosto de 1977, al pronunciarse respecto al contrato de mandato con profesionales, resolvió:

La Corte Superior de Quito expresa que entre las partes ha existido un contrato de mandato en los términos del Art. 2049 [Actual 2022] del Código Civil, según el cual los servicios de los profesionales que han seguido carreras que suponen largos estudios se sujetan al mandato, *pero esta disposición legal ha de entenderse razonablemente, es decir que ha de regir sólo cuando el profesional debe representar legalmente a su cliente*, lo que no acontece en este caso, dada la índole de los servicios cuyo pago se exige. Al respecto, es muy clara la doctrina del eminente tratadista Alfredo Barros Errázuris, quien dice lo siguiente: "Por el contrario en el arrendamiento de servicios inmateriales el que presta sus servicios profesionales o de otra manera análoga, no celebra ningún acto jurídico en favor del cliente, no tiene facultad de representarlo ni de obligarlo, ejerza su profesión o ejecuta su trabajo en su propio nombre, aunque todo el trabajo sea en beneficio del cliente. Su contrato es propiamente un arrendamiento de servicios y nada más". Es por lo mismo inadmisibles las tesis que se sustentan en el fallo venido en grado.³⁸

Del pronunciamiento emitido por la Corte podemos intuir que existirá contrato de mandato entre el operador jurídico y su cliente, solo si el primero *representa* al segundo (abogado apoderado a través de un contrato de mandato), caso contrario existirá únicamente un contrato de servicios; es decir, para nuestra jurisprudencia el contrato celebrado entre el cliente y el abogado, cuando este último se encarga de la defensa de los

³⁸ Corte Suprema de Justicia (Ecuador), fallo de tercera instancia en el caso del Ing. Hernán Casares Cárdenas contra la Comunidad de Padres Lazaristas, publicado en G.J., Año LXXVIII, Serie XIII. No. 1. Pág. 65. Para mayor información sobre el contrato de mandato véase también la sentencia de tercera instancia de 6 de noviembre de 1946, publicado G.J., Año LI, Serie VII. No. 3, p. 282

intereses del primero en vía jurisdiccional, sería el de mandato, si va acompañado con la facultad de representar.

Por otro lado, las críticas que se hacen en el derecho comparado español sobre la inconveniencia de colocar a la relación contractual del profesional del derecho en el régimen jurídico del mandato, se basan sustancialmente en la naturaleza gratuita que tiene el mismo en el Código Civil español, y en que la representación puede darse en otros contratos; según esta posición de la doctrina y la jurisprudencia española, la gratuidad colisiona abruptamente con la actividad de los abogados, quienes de ordinario, prestan sus servicios por una remuneración, es decir por el cobro de honorarios profesionales en virtud de su gestión.

IZQUIERDO TOLSADA, al tratar sobre el mandato como contrato regulador de la relación abogado-cliente nos señala que:

El mandatario queda desinteresado del éxito o fracaso de la gestión, ya que la realiza por cuenta y para el mandante, sin ninguna merma o aumento de acreencia económica por su resultado; como también debe seguir estrictamente las instrucciones de quien lo contrató, sin ninguna libertad de acción sobre lo encomendado, y que en el Derecho Romano el mandato era esencialmente gratuito y sólo oneroso por excepción. Estos extremos no se dan en el mandato dado al abogado.³⁹

A pesar de lo expuesto por los detractores de esta postura, creemos, que ella no tiene un sustento válido en nuestro sistema jurídico, ya que nuestro ordenamiento consagra dos tipos de mandato, el gratuito y el remunerado (artículo 2021 Código Civil), siendo de la naturaleza de este contrato el ser oneroso. Adicionalmente también se contempla la posibilidad de que el mandatario (abogado) administre el encargo de manera libre e independiente (artículo 2037 Código Civil), siempre y cuando su obrar no altere la sustancia misma del mandato (la representación en un proceso judicial).

Pero que dice nuestro ordenamiento jurídico respecto de los servicios profesionales del letrado en el proceso judicial. Ya mencionamos que, el Código Civil, en su artículo 2022 dispone que los servicios de las profesiones a los que se encuentra ligada la facultad de representar a una persona, como es, en ocasiones, el caso del abogado; y obligarla frente a terceros, se sujeta a las reglas del mandato.

³⁹ M. IZQUIERDO TOLSADA, La responsabilidad civil del profesional liberal, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 334

Al respecto el artículo 38 del Código de Procedimiento Civil define que “*son procuradores judiciales los **mandatarios** que tienen **poder** para comparecer en juicio por otro*”.⁴⁰ Y más adelante tanto en el mismo cuerpo legal, artículo 40 primero y segundo; como también en la Ley de la Federación Nacional de Abogados artículo 49 primero y segundo inciso, en idénticos términos aclaran que “*sólo los abogados en el ejercicio de su profesión podrán comparecer en juicio como procuradores judiciales y asistir a las juntas, audiencias y otras diligencias, en representación de las partes, cuando éstas no puedan concurrir personalmente. **La procuración judicial a favor de un abogado se otorgará por escritura pública o por escrito reconocido ante el Juez de la causa (...)***”.

A su vez, para un mayor peso a lo establecido en las anteriores normas, el artículo 333 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que “*el abogado que fuere designado patrocinador presentará escrito con tal designación suscrito por su cliente cuando intervenga por primera vez (...)* **Bastará que en los poderes de procuración judicial se haga constar el encargo de patrocinar en causa o de ejercer la procuración judicial, para que sea suficiente (...)**”.⁴¹

Por tanto, podemos apreciar que en nuestra legislación, para que un abogado pueda representar o patrocinar a su cliente en un proceso judicial se requiere de un poder en el que se le nombre como **procurador** o patrocinador de la causa en la que interviene su defendido; requisito indispensable sin el cual el letrado no podría actuar a favor de su cliente. La pregunta que ahora nos surge, es si ese poder puede ser otorgado únicamente a través del contrato de mandato.

Para responder a esta incógnita, es preciso, no solo adentrarnos en la naturaleza y estructura del contrato de mandato, sino también, saber que se debe entender por representación, poder y apoderamiento.

El contrato de mandato implica colaboración, en el sentido que la actividad del mandatario tiene como función el satisfacer el interés del mandante; “*en el mandato lo esencial es el encargo para la realización de actos jurídicos entre vivos*”⁴².

⁴⁰ Código de Procedimiento Civil (Ecuador), artículos 38, 40 inciso 1ro y 2do; ver Ley de Federación Nacional de Abogados artículo 49 inciso 1ro y 2do.

⁴¹ Código Orgánico de la Función Judicial (Ecuador), artículo 333.

⁴² R. LUIS LORENZETTI, op.cit., p. 221

La doctrina es casi unánime al aceptar que la representación no es nota esencial del mandato, y por tanto puede hallarse asociada a otros actos o negocios jurídicos distintos.⁴³ De igual manera se acepta que la representación es un acto jurídico unilateral (refiriéndonos exclusivamente a la representación de fuente voluntaria), por bastar con la sola declaración de voluntad del representado dirigida a los terceros, mediante un poder otorgado a su representante para que este actúe y obre por cuenta y a orden de aquel. Esa es la esencia y el efecto de la representación, dar eficacia directa a los negocios celebrados por el representante sobre el patrimonio y la persona del representado.⁴⁴

Con respecto al poder, VON TUHR lo define como “*la facultad de representación otorgada por negocio jurídico*”⁴⁵; es decir, “*es una declaración unilateral de la voluntad del poderdante, de carácter recepticio, dirigida a los terceros, notificándoles que el representante actúa por su cuenta y orden, el efecto jurídico es la eficacia directa...*”⁴⁶. Y con respecto al apoderamiento o procuración, el mismo autor lo define como “*el otorgamiento del poder de representación*”.

Entendido lo que estos conceptos básicos implican, la respuesta resulta obvia; el poder y la representación como actos jurídicos unilaterales, son independientes del contrato de mandato y pueden tener lugar en cualquier otro negocio jurídico. Por tanto resulta completamente factible que el cliente otorgue al abogado la representación de sus intereses en el proceso judicial a través de un poder, sin que exista de por medio contrato alguno (a pesar de ello la doctrina y la jurisprudencia Argentina ha entendido que el poder es prueba suficiente de la existencia del contrato de mandato).

¿Pero ante esta encrucijada qué camino tomar?, la respuesta surge de la lectura de los textos legales anteriormente citados, para que un abogado pueda comparecer a un juicio en **representación** de su cliente como **procurador o mandatario judicial**, requiere de un

⁴³ Ver E. SÁNCHEZ URITE, *Mandato y representación*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, s.f., p. 17. También refiérase R. LUIS LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, t. II, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 153 y S. MARIS ALOU, et al., *Fundamentos de derecho contractual*, 1ra ed., t. II, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 323-365

⁴⁴ COLIN-CAPITANT la define: “Existe representación cuando un acto jurídico se realiza por una persona por cuenta de otra en condiciones tales que los efectos se producen directa e inmediatamente para el representado como si él mismo hubiera ejecutado el acto”. t. I, p. 189-190; op.cit. E. SÁNCHEZ URITE, op.cit., p. 19. Ver también la Sentencia de la Corte Suprema de Ecuador de 26 de febrero de 2003, en el caso Pablo Nardi Puente contra Pinturas Ecuatorianas Pintec S.A., publicada en la G.J, Año CIV, Serie XVII, No. 11, p. 3466-3467

⁴⁵ ANDREAS, VON TUHR, *Derecho Civil*, III-2, s.e., s.l., s.f., op.cit., E. SÁNCHEZ URITE, ibíd., p. 18

⁴⁶ R. LUIS LORENZETTI, op.cit., t. II, p. 173

poder; poder que si bien es cierto, según la doctrina, puede estar asociado o no al contrato de mandato, según el artículo 2022 de nuestro código común resulta mandatorio al exponer que los servicios de las profesiones a las que va unida la facultad de representar, como es el caso del abogado que pretende actuar en juicio, deben sujetarse a las reglas del mandato.

c) Postura conciliadora: contrato multiforme

Esta tesis expone que la mejor manera de establecer cuál es la naturaleza de la relación jurídica, es prestando atención a la esencia de la prestación principal que compromete al letrado con su cliente. Nos brinda una apreciación práctica para dar solución al problema, ya que nos permite dejar de lado enmarcaciones y calificaciones abstractas previas que, al momento de ser empleadas en casos concretos, demostrarán que existen aspectos ambiguos y difusos al momento de establecer la responsabilidad derivada del incumplimiento contractual.

TRIGO REPRESAS, parece partidario de esta postura, pero desde una visión algo distinta, ya que aglutina en la calificación de prestación de servicios profesionales, a todos los tipos de contratos principales en los cuales un abogado se ve involucrado como son el de locación de servicios, el de locación de obra, o el de mandato; pero con la peculiaridad de considerar a este contrato naturalmente multiforme, variable o proteiforme, por la gran variedad de tipos contractuales que puede asumir.⁴⁷

Los críticos a esta postura, manifiestan que existe un amplio margen de incertidumbre e inseguridad jurídica que afectaría no solo a la relación contractual en sí, sino también al cliente, él cual se encontraría en una especie de limbo jurídico que en definitiva no le permitiría conocer a ciencia cierta cuál es el tipo de contrato al que se somete cuando acude a los servicios de un abogado.

Finalmente, consideramos que el contrato de mandato y el de arrendamiento de servicios inmateriales en lugar de ser excluyentes son dos figuras jurídicas complementarias; que uno u otro contrato tengan mayor cabida en la relación abogado-cliente dependerá estrictamente de las circunstancias concretas que rodean y componen al

⁴⁷ F. TRIGO REPRESAS, Responsabilidad civil del abogado, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, p. 119.

vínculo jurídico determinado, por lo que resultaría precipitado determinar *a priori* cuál es el contrato que regula esa relación.

Por tanto, cuando el abogado asume la representación de un cliente, este desempeña su encargo como mandatario del mismo, por lo cual se encontraría inmerso en el régimen jurídico que regula al contrato de mandato; y al desempeñar su papel en vía jurisdiccional, este actúa en nombre de su cliente como apoderado, es decir como procurador.

Por otro lado, si el operador jurídico asume la defensa de su cliente únicamente como abogado patrocinador, es decir sin representarlo, le son perfectamente aplicables las normas del arrendamiento de servicios inmateriales, sin perjuicio de que le sean aplicables además las reglas del mandato no representativo.

Basamos nuestra posición apegándonos estrictamente a la letra de nuestro código sustantivo y adjetivo civil, ya que nuestra jurisprudencia lo entiende igual. El contrato de mandato existe solo cuando dentro de los servicios que presta el profesional del derecho se encuentre la labor de representar a su cliente; representación que como ya vimos, es fundamental para que el letrado pueda actuar en juicio a favor de su cliente, y esencialmente por la confianza y buena fe que debe existir entre las partes.

1.4. Naturaleza de la responsabilidad profesional del abogado

Para desarrollar este punto es necesario entender que significa ser un profesional, y para responder a ello, podríamos decir en términos generales que se considera como un profesional liberal a aquella persona que ejerce o ejecuta una determinada profesión. Es decir debemos entender por profesional a aquella persona que por hábito desarrolla una actividad específica, la misma que es la base esencial de su fuente de ingresos, actividad que en el caso del abogado, se despliega en términos intelectuales y que la desempeña en una forma generalmente autónoma y amparado ante un colegio profesional que lo acredita.

De esta manera, es preciso calificar al operador jurídico como un profesional del derecho, y por tanto, se trata de aquellos profesionales que cuentan con un título universitario habilitante para ejercer una determinada actividad; esta nota distintiva es esencial al momento de delimitar el alcance y la naturaleza de la responsabilidad por los

daños que los abogados pudieran ocasionar a sus clientes en el desempeño de sus actividades.

Y tanto es así, que a la característica de intelectualidad y autonomía que determina al profesional del derecho se adhieren otras que se requieren para el pleno ejercicio de su actividad; tal como haber obtenido un título de estudios universitarios, formar parte del Foro y haber obtenido la respectiva matrícula profesional otorgada por el Consejo de la Judicatura.

En un sentido más amplio, el concepto de profesional del derecho presupone todo un conjunto de cualidades que lo distinguen en su desempeño, tales como una regulación o reglamentación, contar con una habilitación para el ejercicio del derecho, una habitualidad del mismo, ostentar una autonomía propia pero bajo sujeción a un órgano más amplio como el Consejo de la Judicatura, una onerosidad por el ejercicio de sus labores que se fundamentan generalmente en obligaciones de medio y finalmente la sumisión a normas deontológicas, éticas y disciplinarias.

Por tanto, para establecer la responsabilidad profesional del abogado, es necesario, primero, determinar cuál es su función como estudioso del derecho y que rol cumple en la sociedad. *“El profesionalismo implica que el abogado debe defender los intereses no solo de los clientes sino de la sociedad”*⁴⁸; por ende, *“el principal propósito de los abogados es hacer que el derecho funcione en la sociedad”*.⁴⁹

En el mismo sentido, el artículo 323 del Código Orgánico de la Función Judicial se pronuncia al decir que *“la abogacía es una función social al servicio de la justicia y el derecho”*.⁵⁰

De lo dicho se desprende que la función primordial del letrado es la de ofrecer su servicio a la comunidad, mediante la transmisión de sus conocimientos, es decir, a través de sus aptitudes técnicas y metodológicas para la realización del trabajo encomendado, en el caso de nuestro estudio la defensa jurídica; pero siempre con la idea básica de dar

⁴⁸ G. MONROY CABRA, op.cit., p.49

⁴⁹ ROBERT H. ARONSON Y DONALD T. WECKSTEIN, *Profesional responsibility*, West Publishing Co., St. Paul, Minn, 1991, p. 2, op.cit., ibíd., p. 48

⁵⁰ Código Orgánico de la Función Judicial (Ecuador), artículo 323.

satisfacción y beneficio al cliente con la labor ejecutada, lo cual solo se puede lograr mediante el fiel cumplimiento de sus obligaciones.

Para respaldar lo dicho debemos recalcar que los abogados como servidores sociales deben desempeñar sus labores con suma diligencia, probidad, esfuerzo y dedicación en el encargo asumido; sin que estas características imprescindibles en el trabajo del letrado, se encuentren asociadas a los honorarios percibidos por dicho encargo, sino en razón al leal compromiso asumido.

Siendo el letrado un profesional que se debe no solo a sus clientes, sino además a la sociedad, su responsabilidad se originaría cuando infracciona los principios y reglas que disciplinan o reglamentan su profesión; claro está, sin olvidar las responsabilidades que se derivan por no cumplir con su *lex artis*. En otras palabras “*la responsabilidad profesional del abogado es aquella en que incurriere el profesional del derecho cuando en ejercicio de su profesión realiza un hecho ilícito [o también lícito], o infringe un precepto que produce consecuencias perjudiciales para el cliente, o para un tercero*”⁵¹.

Sin embargo, y a pesar de lo dicho, se han esgrimido históricamente muchos alegatos sobre los privilegios que los profesionales debían tener, siendo el principal argumento de los defensores de las profesiones liberales:

Que los innumerables atentados y ataques de quienes intentan imponer una responsabilidad ponen en grave riesgo a la sociedad burguesa ya que conlleva derribar uno de sus cimientos y por lo tanto el derecho con base en un concepto completamente individualista deba dar soporte a un amparo en mira del interés exclusivo y excluyente de la persona legitimada.⁵²

Y es que al decir de los defensores de esta ideología, al tratar con las denominadas profesiones liberales se debe objetar de plano la idea o posibilidad de sujetar a los integrantes de las mismas a cualquier tipo de control o vigilancia, y menos el intentar juzgar su actuación en la práctica profesional como correcta o errada. Para ellos, esta apreciación se basa en la autonomía de estas profesiones; por tanto se arguye que quienes las ejercen son absolutamente soberanos de sus actos, libres de toda especulación y

⁵¹ G. MONROY CABRA, op.cit, p. 49

⁵² J. MOSSET: “Los Profesionales”; Revista de Derecho de Daños, Daños Profesionales, Vol. 8, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p.15

juzgamiento de los jueces, y con la única sumisión que pueda originarse del dominio de su propia ciencia y de los dictámenes de su conciencia.

En un enfoque distinto propuesto por MORELLIO, destaca que esta paupérrima idea del profesional universitario liberal puso en relieve la defensa del profesional como tal, la única protección de sus privilegios, y en nada la tutela de los derechos de los usuarios del servicio.⁵³

Frente a estas afirmaciones, que carecen de todo fundamento humano y técnico, cabe rescatar las posturas de un sector doctrinario muy enérgico que observa con gran discrepancia y desdén estas aseveraciones, y a los cuales nos adherimos. Esta posición contraria hace un énfasis severo sobre la responsabilidad de estos profesionales, ya que al constituirse como la “clase dirigente de la sociedad”, los servicios que brindan ostentan una inusual y peculiar importancia a nivel social, lo que conlleva a que estos profesionales desarrollen cada una de sus actividades profesionales en las vías de la ejemplaridad para que puedan ganar la confianza de la gente.

Por otro lado, si el profesional incurre en responsabilidad por algún acto cometido en el ejercicio de su profesión, el mismo, para deslindarse de responsabilidad, deberá demostrar que al prestar sus servicios lo hizo de una manera ideal y adecuada, con la plena utilización de todos los medios disponibles a su alcance para la consecución del fin esperado por la sociedad y el cliente.

En síntesis, la responsabilidad profesional del abogado surge por violaciones éticas, deontológicas, contractuales y legales en el desarrollo de su profesión. Por ello sin duda llegaremos a la conclusión de que esta puede tener tanto una fuente contractual como extracontractual, en virtud del nexo que lo vincule al cliente.

Por tanto, la responsabilidad del operador jurídico debe agruparse en base a supuestos jurídicos comunes para alinearse en cualquiera de esas dos esferas de responsabilidad, siempre y cuando exista un daño injusto.

⁵³ A. MORELLIO: “La necesidad de aplicar el análisis económico del derecho”, p. 15, op.cit. J. MOSSET, op.cit., p. 16

Responsabilidad civil del abogado

Para perfilar la responsabilidad civil del abogado en Ecuador, debemos considerar la normativa vigente que en nuestro ordenamiento jurídico reglamentan la procedencia de esta responsabilidad de manera general, pues cabe advertir que en nuestra legislación no existen normas explícitas que fijen de manera específica la responsabilidad civil del abogado por su mala *praxis* cuando esta ocasiona daños y perjuicios en los intereses o patrimonio de sus clientes.

De lo mencionado se desprende que, a pesar de existir un Código de Ética preparado por la Federación Nacional de Abogados del Ecuador, la Ley de la Federación de Abogados del Ecuador, un Estatuto del Colegio de Abogados de Pichincha y un Reglamento del Tribunal de Honor, en ninguna de estas normas se establece la responsabilidad civil del abogado por daños irrogados a sus clientes. Por ello, no nos queda otra opción que recurrir a nuestro código común y a las normas generales sobre la materia. En ese mismo sentido, HENRY Y LEÓN MAZEAUD Y ANDRÉ TUNC manifiestan que:

Los abogados, como los funcionarios ministeriales, están sometidos al derecho común de la responsabilidad: responsabilidad delictual y cuasidelictual en relación con los terceros; contractual, para con sus clientes, sin que haya que distinguir según que la culpa cometida sea profesional o no. Es decir, que no se podría suscitar la cuestión de exigir del abogado una culpa lata o una culpa voluntaria.⁵⁴

Discrepamos con los autores citados, ya que como mencionamos líneas más arriba, el establecer si el hecho injusto fue cometido por un profesional con culpa o dolo (en la teoría moderna, incluso prescindiendo de toda imputación subjetiva), y en el pleno ejercicio de sus actividades profesionales, resulta fundamental para delimitar el daño que se origina y el alcance de la obligación en la que incurriría el operador jurídico en razón de su actitud dolosa o culposa.

Por ello creemos también que resulta necesario distinguir cuál es el tipo de culpa que se puede imputar al abogado por el incumplimiento de sus obligaciones; la teoría tripartita de la culpa puntualiza en los incisos 1ro y 4to del artículo 1563 del Código Civil, el mismo que al respecto de la responsabilidad civil contractual del deudor manifiesta que:

⁵⁴ HENRY Y LEÓN MAZEAUD Y ANDRÉ TUNC, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad delictual y contractual*, t I, vol. II, Europa-América, Buenos Aires, 1962, p.190, op. cit., G. MONROY CABRA, op.cit., p. 53

El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo (...).

Por tanto, y partiendo de esta premisa, nos correspondería determinar cuál es la culpa que le corresponde al abogado, si como deudor de un contrato celebrado con su cliente incumple con las obligaciones que emanan del mismo. Y para ello recurrimos a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo de España, que en un fallo de 4 de febrero de 1992 al respecto dice “*ambos preceptos legales [refiriéndose al Estatuto General de la Abogacía y al Código Civil español] imponen al Abogado actuar con diligencia, cuya exigencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia dados los cánones profesionales recogidos en su Estatuto y que sirven de buena y estricta medida de su actuación*”.⁵⁵

Entonces, a decir del Tribunal Supremo de España, que la exigencia en el ejercicio profesional del abogado debe ser mayor que la propia de un padre familia, implica que para el Tribunal, el abogado al incumplir sus obligaciones, responde de hasta de culpa levísima.

A diferencia de lo propuesto por HENRY Y LEÓN MAZEAUD Y ANDRÉ TUNC⁵⁶, para quienes no se le podría ni siquiera exigir culpa lata o “dolo” al letrado, la misma que según el artículo 29 inciso 2do de nuestro código común consisten en “*no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo*”.⁵⁷

Opinamos al respecto, es que si bien es cierto el abogado ostenta una posición preponderante en la sociedad, y que por tanto cada una de sus actuaciones tanto en el ámbito personal como el profesional deben guardar un decoro digno de su elevada

⁵⁵ Tribunal Supremo de Justicia (España), sentencia en el caso de Don José Ramón contra don Roberto y Zurich Compañía de Seguros, S. A., ROJ 739/1992. En el mismo sentido la sentencia de 28 de enero de 1998 sobre la diligencia exigible al abogado en su ejercicio profesional no es simplemente la de un buen padre de familia sino que, imponen al profesional el deber de *ejecución óptima* del servicio contratado que presupone la adecuada preparación profesional y el cumplimiento correcto (...). Véase también la sentencia de 23 de febrero de 2010, en el caso de D. ^a Encarna y D. Florencio contra de D. Laureano y Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A, sobre responsabilidad civil profesional del abogado, publicado en ROJ 988/2010.

⁵⁶ Ver cita 46, párrafo 112

⁵⁷ Código Civil (Ecuador), artículo 29 inciso 2do.

profesión, y por ende dar fiel cumplimiento a lo que la moral y la deontología jurídica le demandan; no es menos cierto que no debemos movernos en la delgada línea del extremo.

Es decir, cada caso es diferente y a cada uno se le debe aplicar parámetros distintos de medición de la culpa (o objetivación de la responsabilidad cuando haya lugar) por la cual el letrado debería responder; aún más si cuenta con los respaldos y pruebas necesarias para demostrar la suma diligencia y prudencia que demanda su profesión, ya que de lo contrario llegaríamos a argumentaciones excesivas como pretender que en toda ocasión y circunstancia el abogado siempre deba responder por culpa levísima (Tribunal Supremo Español); o en el otro extremo, como pretenden los MAZEAUD Y ANDRÉ TUNC, que sería el no imputarle culpa lata o dolo al letrado.

Por tanto, estimamos que, en lo que a nuestro sistema jurídico respecta, el letrado puede responder de ordinario, por responsabilidad leve, sin descartar que en casos excepcionales pueda responder por culpa grave o dolo, atendiendo a las circunstancias específicas que las originan, ya sean de fuente contractual o extracontractual.

Continuando con lo propuesto hasta el momento, cabe ahora profundizar sobre las maneras en que suele examinarse el correcto ejercicio profesional del abogado, y cómo se debe tener en cuenta las limitaciones propias de su profesión en lo que a un proceso judicial respecta; es decir, la función del abogado en un litigio, es la de elegir el *“mejor medio procesal en defensa de la situación de su cliente, sin que deba responder de la decisión final del órgano judicial si ésta no se ve condicionada por una mala elección del procedimiento por parte del abogado”*.⁵⁸

En otras palabras, cuando un abogado asume la defensa de su cliente en un proceso judicial, lo que contrae, en principio, es una obligación de medios, y no de resultados.⁵⁹ Esto quiere decir, que al operador jurídico solamente se le pueden exigir

⁵⁸ J. MARTI: “La responsabilidad «objetiva» del Abogado en el ejercicio de su Profesión”, Universidad de Barcelona, Barcelona, febrero 2006, disponible en: http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/articulo_joaquim_marti_marti.pdf consultado: 07/03/2009, p. 5

⁵⁹ Ratificando lo expuesto, la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 22 de octubre de 2008, en el caso de D. Pablo, contra el Procurador D. Antonio Gómez de la Serna Adrada en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la URBANIZACIÓN 000, sobre responsabilidad civil abogado, publicado en ROJ 5706/2008

conductas que conlleven una pericia y un cuidado propio de un atento ejercicio de la profesión.

Ahora bien, cuál es el efecto de incumplir las obligaciones que se desprenden del encargo encomendado al abogado en un proceso judicial; es decir, ¿tal incumplimiento originaría exclusivamente una obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por el letrado o, eventualmente daría lugar a la violación del principio constitucionalmente reconocido del derecho a la defensa?

Por un lado, si nos inclinamos por la primera opción, en la cual simplemente existe un incumplimiento obligacional, el daño injusto derivado de un hecho dañoso, se enmarcaría únicamente en el ámbito de lo privado, lo que le permitiría al cliente obtener el resarcimiento del daño a través de una indemnización. Si por el contrario, aceptamos como cierta la segunda hipótesis de que cualquier incumplimiento de las obligaciones del abogado en un proceso judicial acarrear la indefensión del cliente, llegaríamos a la conclusión de que el proceso en sí, o de que ciertos actos que lo componen, están viciados de nulidad. Si esto es así, la única manera de subsanarlos es repitiendo los respectivos actos procesales o el proceso mismo en su totalidad.

Hacemos hincapié en esta inquietud, por que actualmente es causa de gran debate y polémica en Europa, especialmente en las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que la necesidad de una defensa efectiva no estaría restringida específicamente al ámbito de lo penal, sino que se pretende que traspase ese umbral hasta llegar al proceso civil. Lo que significaría que el abogado que no ejerza una defensa efectiva, sea por la razón que sea, provocaría la indefensión del cliente; perspectiva que, desde nuestro punto de vista se encuentra fuera de toda cabida en el proceso civil, donde son las partes las que llevan y guían el juicio según sus pretensiones e intereses.

Es decir, el principio dispositivo es la esencia misma del proceso civil, se extiende por completo a todo el proceso, incluyendo a la manera en que se solicita la tutela jurisdiccional efectiva, razón por la que no se debería pretender que el juez enmiende las equivocaciones que el abogado cometa en el desarrollo del proceso. Puesto que al juez, como tercero imparcial no le compete suplir la figura del letrado, ni puede permitir que *“el proceso pueda quedar supeditado a posibles acciones basadas en las posibles negligencias*

profesionales. Ello quebrantaría la imparcialidad judicial, en el primer caso, y la seguridad jurídica, en el segundo”.⁶⁰

Pero si damos un paso más allá, como lo ha hecho el Tribunal Supremo de Justicia español, podremos entender que:

Esta exigencia 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.⁶¹

En definitiva, si concluimos que en materia procesal civil únicamente tiene asidero el nacimiento de una obligación de indemnizar daños y perjuicios al cliente por parte del operador jurídico, únicamente podremos acudir a la normativa que sobre el tema contiene el Código Civil.

Este fenómeno no acontece en España, ya que a más de contar con las normas de su Código Civil, que son muy claras al respecto, también tienen normas específicas como las contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Estatuto General de la Abogacía.

El artículo 78.2 de este último cuerpo legal, dispone que *“los abogados en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia, pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio”*.⁶²

De todo lo analizado, se concluye, para que la responsabilidad civil del abogado se configure, su “diligencia” profesional debe estar fuera del cauce del comportamiento que le exige su *lex artis*.

⁶⁰ J. MOREO: “La compleja configuración del daño en la responsabilidad civil del abogado”, INDRET, Revista para el análisis del derecho, N° 414, Barcelona, enero 2007, disponible en: <http://www.indret.com> consultado: 07/03/2009, p. 7

⁶¹ J. MARTI, op.cit., p. 5

⁶² Estatuto General de la Abogacía (España), artículo 78.2, publicado en la Gaceta de Madrid el 22 de junio de 2001.

Lamentablemente estas cuestiones no han sido desarrolladas suficientemente por nuestra jurisprudencia, teniendo como única fuente de referencia los procesos seguidos contra abogados a nivel disciplinario, llevados a cabo por los tribunales de honor de los distintos colegios de abogados del país.

¿Responsabilidad contractual o extracontractual?

Para tratar este tema, debemos anticipar que no hay una verdadera y única directriz que nos guíe a determinar cuál es la fuente real de la responsabilidad del abogado, ya que para muchos tratadistas el carácter de la responsabilidad profesional del abogado puede tener un origen tanto contractual como extracontractual, obedeciendo al vínculo negocial o extranegocial que mantenga con el perjudicado.

Es por ello que la responsabilidad civil de los abogados debe agrupar rasgos que se señalaran en su oportunidad, es decir, la existencia de una conducta activa u omisiva que conlleve un hecho injusto, que esta conducta cause un daño, y que entre estas dos medie un nexo causal.⁶³

Es debido a estas características comunes a los dos ámbitos de la responsabilidad, y al hecho de que muchos de los aspectos del andamiaje jurídico construido para la responsabilidad contractual son utilizados para darle efectos propios a la responsabilidad extracontractual, que la doctrina no ha logrado ponerse de acuerdo en el tipo de responsabilidad del letrado.⁶⁴

⁶³ Al respecto el Juzgado de Primera Instancia No 5 de Valencia, en sentencia de 22 de abril de 2005, en el procedimiento ordinario No 476/2004 dice no cabe duda de que la relación entre el Abogado y su cliente es un arrendamiento de servicios (...). De todo ello se extrae que la acción se enmarca en el campo mixto de la culpa contractual y extracontractual, concurriendo ambos yuxtapuestos, función que expresamente admite la jurisprudencia. Según lo anterior nos encontraremos ante una acción mixta, aunque predominantemente dentro de la esfera de la responsabilidad contractual (...) Sin embargo tal dicotomía en la normativa es irrelevante, en cuanto para la aplicación de ambos *preceptos*, se requieren los mismos presupuestos: a) la existencia de una previa obligación; b) que la actuación del abogado haya incurrido en el reproche de negligencia o falta de diligencia conforme a los deberes que le eran exigibles en aquel marco normativo; c) el nexo causal eficiente entre aquella conducta y el quebranto patrimonial producido y d) la realidad de los perjuicios ocasionados a la otra parte; resumido en la STS de 23 de febrero de 2010, publicado en ROJ 988/2010

⁶⁴ Cfr. S. MARTÍN SANTISTEBAN et al., *Bases de un derecho contractual europeo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003. Con respecto a la unificación de la responsabilidad, manifiesta “que los últimos textos europeos han llegado a un régimen unitario de protección, independientemente del hecho de que la víctima esté ligada o no por un contrato. Así, la Directiva 85/374/CEE (y consiguientemente la Ley 22/94) y la propuesta de Directiva de 9 de noviembre de 1990 establecen una disciplina uniforme, superando la *summa divisio* responsabilidad contractual / responsabilidad extracontractual. Y es que es difícil justificar un tratamiento distinto en función de que la víctima haya contratado o no el servicio del profesional”.

Para MONROY CABRA, *“la responsabilidad profesional del abogado es contractual porque deriva del contrato de mandato. Sin embargo, desde luego que el abogado con su conducta puede causar un daño que sea susceptible de indemnización y por esto en este caso se tratará de responsabilidad civil extracontractual”*.⁶⁵

Es decir, la responsabilidad será contractual en tanto se origine en el incumplimiento de obligaciones nacidas de una relación jurídica preestablecida entre el abogado y su cliente en razón de un contrato de arrendamiento de servicios o de mandato. Y será extracontractual en la hipótesis contraria.

Para TRIGO REPRESAS, la diferenciación importa porque:

Si se trata de responsabilidad por incumplimiento contractual se puede afirmar en líneas generales que: si el mismo ha sido culposo, el deber de reparar se limita a los daños que fuesen consecuencia inmediata y necesaria de aquél, y que si fue malicioso o doloso dicho deber se agrava... En tanto que cuando la responsabilidad es por hechos ilícitos o extracontractual se responde siempre de las consecuencias inmediatas y de las mediatas previsibles; amén de que en los delitos se puede inclusive llegar a responder: de consecuencias casuales para la generalidad de los individuos, pero que no lo fueron para el autor del hecho, quien por sus⁶⁶ especiales conocimientos las tuvo en sus miras, las previó y las quiso al ejecutarlo, como asimismo por ciertos "casos fortuitos" o consecuencias casuales, que no habrían llegado a producirse de no haber mediado antes la realización del hecho ilícito.⁶⁷

De esta manera, dijimos que para que exista responsabilidad extracontractual no debe haber de por medio un acto jurídico válidamente celebrado entre abogado y cliente; siendo este el caso, por ejemplo, podríamos decir que el abogado recae en esta responsabilidad al actuar como defensor de oficio en procesos penales en los que el imputado no cuenta con una defensa privada; o cuando se genera un daño a un tercero ajeno a la relación abogado-cliente, pero que puede verse involucrado en un proceso judicial, como por ejemplo un perito; o simplemente cuando en el ejercicio profesional del letrado, el origen del daño se encuentra fuera del marco contractual (incluso de la integración del contrato) pactado con el cliente.

Por otro lado, en el campo contractual, el acuerdo es ley para las partes, tal como lo preceptúa el artículo 1561 del Código Civil, y es por ello que el contrato establece la

⁶⁵ G. MONROY CABRA, op.cit, p. 53

⁶⁶ F. TRIGO REPRESAS: “Responsabilidad civil del abogado”; Revista de Derecho de Daños, Daños Profesionales, vol. 8, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, s.f., p. 83

⁶⁷ *Ibíd.*, p.84

extensión de la responsabilidad que devenga por el incumplimiento de las obligaciones y el alcance de las mismas. Es por esto que la doctrina ha considerado a la responsabilidad contractual como un remedio que tiene el acreedor ante el incumplimiento de lo acordado, ya que la acción de responsabilidad sustituye a la acción de cumplimiento de la obligación principal.

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico entiende por contrato no solo lo que en él está escrito sino todo aquello que por su naturaleza, por ley y costumbre le es aplicable. En el mismo sentido se pronuncia RICARDO CASTRO al hablar sobre el contenido del contrato del profesional del derecho, nos dice que *“el contenido negocial expreso se integra con los deberes impuestos por las normas de ejercicio profesional y por los códigos deontológicos”*.⁶⁸

Al respecto, TRIGO REPRESAS manifiesta que:

Cuando se trata de los daños causados por el abogado a su propio cliente, con el que previamente habrá celebrado, expresa o implícitamente, un contrato de prestación de servicios profesionales, la responsabilidad civil del abogado habrá de ser, lógicamente, "contractual", en razón de resultar la misma precisamente de la inejecución o mal cumplimiento de las obligaciones que el profesional asumiera convencionalmente.⁶⁹

En conclusión, tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual pueden ser imputadas al ejercicio de la actividad profesional del abogado, pero cuando se encuentra de por medio un contrato previo e indispensable entre el abogado y su cliente para la defensa de sus intereses en un proceso judicial, es lógico y razonable que este sea demandado por responsabilidad civil contractual si este ha incumplido con las obligaciones contractuales que emanan del contrato.

Requisitos de la responsabilidad contractual del abogado

En términos generales, para que acaezca la responsabilidad civil contractual del abogado se requiere la existencia de un daño efectivo que se derive o sea consecuencia directa del incumplimiento de un contrato válido, celebrado entre el operador jurídico y su cliente. Es decir, que se necesita de las tres condiciones típicas mencionadas anteriormente,

⁶⁸ R. CASTRO: “Los pactos limitativos de la responsabilidad civil del abogado”, Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad de los Profesionales del Derecho, vol. 1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005. p.155

⁶⁹ F. TRIGO REPRESAS: “Responsabilidad civil del abogado”; Revista de Derecho de Daños, Daños Profesionales, vol. 8, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, s.f., p.84

una conducta activa u omisiva que conlleve un incumplimiento, un daño y el nexo causal entre los dos primeros.

En igual sentido se pronuncia TRIGO REPRESAS, al mencionar que “*la tendencia doctrinaria dominante en la materia considera que son*”⁷⁰ sólo cuatro tales elementos: “*un hecho que infringe un deber jurídico de conducta impuesto por el ordenamiento jurídico - antijuridicidad o ilicitud; que además provoca un daño a otro; la relación de causalidad entre aquel hecho y el daño mencionado supra, y un factor de atribución de la responsabilidad*”.⁷¹

De lo expuesto por REPRESAS, se puede apreciar un elemento o condición adicional que se requeriría para la existencia de responsabilidad contractual del abogado, nos referimos a la necesidad de un factor de atribución de responsabilidad; elemento que conjuntamente con la presencia de un contrato válido, nos encargaremos de analizar en este apartado.

a) Existencia de un contrato válido.- La necesidad de tocar este tema, surge de los innumerables problemas que se presentan al momento de establecer alguna de las hipótesis de responsabilidad; problemas que han fomentado la idea de estructurar a la responsabilidad civil como un todo único o el de la posibilidad de que sus dos tipos se acumulen.

Es debido a problemas como el daño que tuvo lugar en un contrato nulo, o la producción de daños en el período pre y postcontractual; que muchos autores, entre ellos JAVIER TAMAYO, recomiendan “*que la víctima demande a título principal sobre la base*”⁷² *de la responsabilidad contractual, y subsidiariamente, sobre la base de la responsabilidad extracontractual o a la inversa*”.⁷³ TAMAYO agrega además, que en caso de que el demandante falle en el tipo de responsabilidad que pretende, debería ser el juez quien supla y corrija este error sentando lo correcto, postulado acertado, ya que el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil manifiesta que “*los jueces están obligados a suplir las omisiones en que incurran las partes sobre los puntos de derecho*”.

⁷⁰ F. TRIGO REPRESAS: “Responsabilidad civil del abogado”; Revista de Derecho de Daños, Daños Profesionales, vol. 8, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, s.f., p. 85

⁷¹ *Ibíd.* p. 86

⁷² J. TAMAYO JARAMILLO, *op.cit.*, t. I, p.69

⁷³ *Ibíd.*, t. I, p. 70

b) Que el daño sufrido sea producto de una actitud activa u omisiva que conlleve la inejecución del contrato.- En sentido amplio, todo daño, así como los perjuicios que este acarree deben ser, no solamente probados; sino además que tienen que tener su origen en un incumplimiento contractual, “*es decir, que haya una entidad entre las obligaciones pactadas y las obligaciones incumplidas*”.⁷⁴

Ahora bien, los daños y perjuicios causados pueden abordar tanto a bienes materiales o económicos; como a los aspectos intangibles o morales.

Para determinar cuáles son los daños causados por la inejecución del contrato, nos debemos centrar en el objeto mismo del negocio jurídico; es decir, saber a ciencia cierta cuáles fueron las prestaciones obligacionales a las que se comprometió el abogado, y para ello JAVIER TAMAYO nos invita a formularnos los siguientes cuestionamientos: ¿A qué se obligo el deudor? y si el daño se deriva del incumplimiento de esas obligaciones.

Partiendo de estas inquietudes podríamos decir de manera general, que el letrado independientemente de la naturaleza jurídica del contrato que celebre con su cliente para la defensa de sus derechos e intereses en un proceso judicial, se compromete no solo a trabajar con suma diligencia para satisfacer las pretensiones del este último; sino además a ejecutarlo de buena fe y prescindiendo de su propio interés personal, lo que quiere decir que se encuentra obligado a patrocinar a su defendido con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad y honradez.

c) Existencia de un nexo causal entre el hecho injusto ocasionado por el letrado con el daño ocasionado al cliente.- Debe existir una vinculación o relación causal idónea entre el hecho del abogado y el perjuicio sufrido por el cliente. Es decir, el solo hecho de la infracción a regulaciones contractuales y a normas profesionales y legales, no conlleva a la imputación de responsabilidad contractual, pues si se llega a demostrar que el daño se hubiera generado sin importar que haya intervenido o no desidia de su parte, no habría posibilidad de atribuirle responsabilidad alguna. Por ello resulta imprescindible que esa actitud impropia del operador jurídico sea la causa directa del efecto dañoso.

⁷⁴ PHILIPPE MALAURIE, LAURENT AYNES, op.cit., núm.876; PATRICE JOURDAIN, op.cit., p.31; MAZEUD-TUNC-CHABAS, op.cit., t I, núm. 146; ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la responsabilidad civil en el derecho chileno*, núm. 39; op. cit., ibíd., t. I, p. 78

Sin embargo, no es fácil precisar este nexo causal. Al respecto, ESTHER MONTERROSO citando el fallo del Tribunal Superior de Justicia de Albacete (España) de 20 de noviembre de 2002; expresa que *“cuando se trata de negligencias por omisión, que han sido causa de la pérdida del derecho, es obvio que existe el daño y que media la relación de causalidad; sin embargo, cuando se trata de un planteamiento erróneo, no puede aceptarse que ello haya sido la causa de pérdida del derecho, porque esto equivaldría a afirmar que otro distinto hubiese prosperado, cosa que no es posible, ya que se trata de algo futurible”*.⁷⁵

Por ello, de manera casi unánime, se acepta que queda a cargo del cliente perjudicado la prueba del nexo causal eficiente entre la conducta del letrado y el daño. Sin embargo, la doctrina ha diseñado casos especialísimos de excepción, como es el caso del incumplimiento del deber de información, en los que el damnificado no debe probar esa relación causal; hablamos de las presunciones de causalidad, en las que la carga de la prueba se invierte y es el operador jurídico quien debe manifestar la inexistencia del nexo causal para desvirtuar cualquier presunción de responsabilidad en su contra.

d) El factor de atribución.- Finalmente, nos corresponde analizar el factor de atribución, el mismo que en pocas palabras, no es más que la manera subjetiva u objetiva con la que nos remontamos a la producción del hecho dañoso, y por la que el ordenamiento jurídico atribuye la obligación indemnizatoria al operador jurídico. Debemos identificar la naturaleza de la obligación o del deber incumplido para a través de este establecer si el profesional del derecho es el responsable y por qué debería sobrellevar los resultados del daño.

⁷⁵ E. MONTERROSO CASADO, op.cit., p. 8

CAPÍTULO II

INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE CUSTODIA DE LA DOCUMENTACIÓN DEL CLIENTE

2.1. Obligaciones legales y contractuales del abogado

La función básica del abogado es la de asesorar y brindar criterios en el campo jurídico, y específicamente, en el área judicial, el patrocinar causas y defender diligentemente los derechos de sus clientes en procesos judiciales; defensas que al ser asumidas por el letrado lo encaminan a una enmarañada red de obligaciones y deberes que debe cumplir a cabalidad en virtud del contrato, la buena fe y la confianza que demanda su profesión, características que configuran el denominado deber de lealtad profesional.

Obligaciones de medio y de resultado

Antes de abordar las obligaciones generales que le competen al abogado, resulta imprescindible referirnos a las obligaciones primarias, las mismas que pueden ser de medios o de resultado dependiendo de la prestación principal del contrato⁷⁶.

La distinción entre obligaciones de medio u obligaciones generales de prudencia, de diligencia o actividad; y las obligaciones de resultado, conocidas también como obligaciones determinadas o de resultado final, son la consecuencia del desarrollo de la

⁷⁶ Corte de Casación Civil italiana: Sent. n. 1040 del 28.1.1995, en (Massimario del Foro Italiano), 1995, c. 140: “si bien es cierto que las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional son, por lo general, obligaciones de medios, en determinadas circunstancias ellas asumen también las características de obligaciones de resultado, en las cuales el profesional se compromete a efectuar un determinado *opus* (...), art. cit., MASSIMO FRANZONI, et al., op.cit., p. 376

doctrina francesa especialmente en cabeza de los juristas GLASSON y DEMOGUE, quienes *ab initio* elaboraron esta categorización inmersa en los parámetros de las obligaciones contractuales, pero que al presente se han dilatado hasta el ámbito extracontractual.

El fundamento de tal distinción es que en las obligaciones de resultado propiamente dichas hay cabida a un resultado exacto y determinado, ciertamente prometido por el deudor, sin la obtención del cual no podría quedar liberado de la obligación. Por otro lado, en las obligaciones de medios “*el resultado no ha sido comprometido, aun cuando la conducta del deudor estuviera vinculada con la realización de un resultado determinado*”.⁷⁷ Y esto es así, debido a la singularidad del gran margen de aleatoriedad en el resultado querido por el acreedor contratante de los servicios profesionales, alea que siempre estará presente a pesar del empleo de la diligencia debida, “*por tal razón el resultado no puede considerarse como la consecuencia natural de la conducta diligente*”.⁷⁸

La categoría de las obligaciones de medio y resultado es considerada como una especie del género de las obligaciones de hacer, en el sentido que las obligaciones de medios implica un hacer enfocado en el ofrecimiento aleatorio de obtener un resultado mediato a través de la actividad prometida, mientras que las obligaciones de resultado implican un hacer destinado a conseguir un resultado inmediato determinado. Tal distinción nos permite identificar el tipo de prestaciones a las que se comprometen los profesionales liberales, como es el caso del abogado litigante, en el cual el resultado prometido es la actividad debida en concordancia con la diligencia exigida y las normas técnicas y deontológicas que regulan su profesión.

En el marco de la responsabilidad contractual, las obligaciones de resultado constituyen la regla general y la de medios la excepción; siendo que el deudor responde toda vez que el resultado no haya sido obtenido a menos que demuestre la existencia de fuerza mayor o caso fortuito.

Al contrario, siendo la obligación de medios la excepción en el ámbito contractual, el compromiso del deudor se asienta en la promesa de aplicar el máximo de la diligencia exigida a su estatus profesional para la consecución del resultado final aleatorio esperado por el acreedor, resultado que en sí mismo de ninguna manera constituye el contenido de la

⁷⁷ MASSIMO FRANZONI, et al., op.cit., p. 377

⁷⁸ B. QUINTERO DE PRIETO, op.cit., p. 23

obligación, puesto que la prestación de la obligación no es más que esa actividad diligente y empeñosa debida por el deudor.

Los detractores de la categoría de las obligaciones de medio se fundamentan en que si la obligación de medios implica la ejecución de una actividad a cargo del profesional con el objetivo de dar satisfacción a un interés del acreedor, este desarrollo de actos consecutivos y concatenados significa siempre la obtención de resultados parciales inmediatos o mediatos. Y no el desarrollo y utilización de simples medios de ejecución.

Por otro lado, se ha propiciado que las obligaciones de medios expresan una concepción de profundo corte subjetivista haciendo de la culpa una cuestión capital al momento de establecer responsabilidad especialmente contractual, y poniendo en hombros del acreedor accionante la complejísima carga de la prueba de la culpa del deudor; alejándose de la más moderna doctrina que se funda en la responsabilidad objetiva.⁷⁹

A su vez, el sector doctrinario favorable a la distinción y al beneficio práctico de la misma, apunta a que puede ser utilizada para establecer la verdadera naturaleza y contenido de las prestaciones comprometidas por las partes. Esto permitirá determinar a qué se encuentra obligado el deudor de una obligación determinada. Es decir, el calificativo que se le dé a la obligación, ya sea de medio o resultado, deberá ser la consecuencia inmediata del análisis real de los hechos que rodean a la relación jurídica que le dio origen.

Como ya se expuso más atrás, actualmente la doctrina y jurisprudencia comparada, analiza el incumplimiento contractual desde un punto de vista objetivo, el cual “*coincidirá con no haber alcanzado el resultado cuando la obligación sea de resultado, o con no haber empleado el nivel de diligencia exigible, cuando la obligación sea de medios*”.⁸⁰ El elemento culpa puede coincidir o no con el incumplimiento. Por tanto, no resulta el fundamento único ni suficiente para configurar la responsabilidad contractual.

Esta objetivación de la responsabilidad por incumplimiento en las obligaciones de medios, prescindiendo de la culpa, no solo se debe a la tendencia doctrinaria que busca

⁷⁹ Cfr. J. MOSSET ITURRASPE Y M. PIEDECASAS, *Responsabilidad contractual*, 1ra ed., Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 221-228

⁸⁰ S. MARTÍ SANTISTEBAN, et al., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 429

unificar el ámbito contractual y extracontractual en un solo régimen de responsabilidad civil o de derecho de daños, sino a la utilización de factores de atribución objetiva como lo es la distribución del riesgo creado en el campo contractual.

Para ciertos autores como JORGE MOSSET ITURRASPE, el criterio del riesgo ha desplazado la discusión del esfuerzo o grado de diligencia exigible al deudor de una obligación de medios, puesto que no le bastaría con demostrar que obró con diligencia para liberarse en caso de no obtener el resultado, sino que debería demostrar la imposibilidad de obtener el resultado final esperado. Para el mencionado autor esto es así, porque al momento de suscribir un contrato las partes saben de las posibles vicisitudes y complejidades que se presentarían al momento de cumplir con sus obligaciones, por tanto asumen un riesgo.

Ahora bien, el cómo se distribuya ese riesgo depende en gran medida de la información que el deudor profesional de la obligación de medios haya enterado a su acreedor sobre los potenciales peligros y complicaciones que podría presentarse con ocasión de dar cumplimiento a las prestaciones nacidas del contrato. Por tanto, para que el profesional deudor pueda quedar liberado, no le es suficiente demostrar su diligencia al actuar, sino además deberá señalar la razón específica del porque el fracaso de su gestión y probar el hecho extraño que volvió imposible el cumplimiento de la obligación.⁸¹

En las modernas discusiones sobre derecho contractual europeo, el profesional deudor queda libre de responsabilidad si el motivo de su incumplimiento y del daño en sí mismo, tiene como origen un suceso imprevisible o inevitable en virtud del grado de diligencia que le era exigible; es decir, a consecuencia de hechos que salen fuera de su ámbito de organización y control, imposibles de haber sido previstos al momento de la contratación. Pero contrariamente a esta novedosa tendencia doctrinaria del principio de responsabilidad sin falta, se opone la Directiva de 9 de noviembre de 1990 en la que aún se conserva “*un sistema de responsabilidad por culpa con una inversión de la carga de la prueba a favor de la víctima*”.⁸²

⁸¹ Cfr. J. MOSSET ITURRASPE, et al., “La responsabilidad contractual objetiva, fundada en la defensa del crédito o en la distribución del riesgo”, Revista de Derecho de Daños, Creación de Riesgo-II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007

⁸² Cfr. S. MARTÍ SANTISTEBAN, et al., op.cit. 429 y ss.

A pesar de las posturas doctrinarias expuestas, en la actualidad, para una gran mayoría doctrinaria, cuando el operador jurídico acepta la defensa de su cliente en un proceso judicial la obligación por la que responde es de medios. Lo que en términos generales quiere decir es que el abogado se compromete a ejecutar su actividad profesional con pronta diligencia e idoneidad sobre el encargo encomendado para conseguir el resultado esperado por el cliente; pero sin comprometer o garantizar de manera alguna el triunfo o éxito del litigio sino simplemente a desplegar su profesión en concordancia con su *lex artis*. Por esta razón, el incumplimiento de esta obligación se originaría solo cuando se demuestre que la pretensión final del cliente se frustró gracias al comportamiento negligente o doloso (doctrina clásica subjetivista) del operador jurídico al no llevar a cabo todos los medios necesarios y adecuados a la causa que se comprometió a defender; en principio, el factor de atribución de responsabilidad debe ser subjetivo, puesto que el abogado responde por su hecho propio.

Contrariamente, cuando el abogado se obliga a un resultado específico y esperado a corto plazo por el cliente como la redacción de un contrato de compra venta, o la constitución de una compañía, entre otros, su obligación es de resultado, y al no obtener este, se compromete su responsabilidad civil, la misma que podría ser excluida solo si el incumplimiento tuviera como causa el caso fortuito o la fuerza mayor.

Autores como TRIGO REPRESAS proponen que el abogado, ya sea que actúe como apoderado o que actúe como patrocinante, se halla obligado a una prestación de resultado (con mayor énfasis en el letrado apoderado)⁸³, en razón a los diferentes actos procesales que debe cumplir en el transcurso del proceso; verbigracia el suscribir y presentar escritos

⁸³ En el mismo sentido, ESTEBAN LOUGE EMILIOZZI, para quién la doctrina y la jurisprudencia más actuales (especialmente en Argentina donde parece ser ya una postura consolidada) han acentuado la responsabilidad del letrado patrocinante, acercándolo en gran medida a la figura del letrado apoderado (...). Se ha dicho, en tal sentido (refiriéndose a los precedentes jurisprudenciales en Argentina), que “no cabe admitir que el abogado, aunque no hubiese asumido el carácter de apoderado, pueda desentenderse totalmente de la ulterior marcha del litigio, prescindiendo de tomar contacto directo con las actuaciones judiciales (...) la misión del abogado patrocinante no puede ser solamente la de preparar los escritos que deben llevar su firma, sino que el patrocinio implica asumir la plena dirección jurídica del proceso, el cabal cumplimiento de los deberes que ello comporta y el empleo de toda su diligencia para conducirlo de la mejor manera posible hasta su terminación, es decir, actividad y celo en el desarrollo de la causa”, en Cám. Nac. Civ., Sala E, “Pinehiro de Malerba L. Esther c/ Nostro, Alicia M. s/ordinario, 26/12/1991, La Ley, 1993-A-65, entre otros p.139; ob.cit., E. LOUGE EMILIOZZI: “Responsabilidades Profesionales: las vicisitudes en la relación abogado cliente como causa frecuente de reclamos de responsabilidad. Algunas propuestas para su erradicación”; Universidad Nacional del Centro, Ponencia presentada en las IV Jornadas Rosarinas de Derecho Civil, pp.1-13, Cartapacio N° 7, Buenos Aires, 2004, disponible: www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/54/62, consultado: 07/03/2009

judiciales o asistir a las audiencias entre otros. Esta posición doctrinaria (al parecer ya consolidada en Argentina) tiende a asimilar la figura del abogado patrocinante con la del abogado apoderado, y por ende también a equiparar sus obligaciones. Han diluido la principal diferencia existente entre los dos, que es el poder, el cual le permite actuar por sí mismo al letrado apoderado, sin la necesidad de la firma o la presencia del cliente en los actos procesales; lo cual contrasta con el letrado patrocinante, que actúa sin poder requiriendo la firma del cliente para la suscripción de actos procesales. *“Por ello, se ha dicho inveteradamente que el letrado apoderado se encuentra obligado a una prestación de ‘resultado’ con relación a los actos procesales de su específica incumbencia (...).”*⁸⁴

No concordamos con esa postura que mira en la ejecución de cada acto procesal un resultado independiente y separado del todo, es decir del proceso, ya que no *“constituirían obligaciones de resultado diversas del deber primario, pues, en rigor, dichos actos integran la prestación primaria comprometida, sin estar dotados de un objeto distinto”*.⁸⁵

JUAN BORAGINA y JORGE MEZA aclaran lo anterior al decir que lo que *“ocurre [es,] que en este tipo de deberes existe un doble juego de intereses: uno inmediato (obtener del letrado una prestación diligente) y otro final o mediato (el resultado aspirado, en nuestro caso, ganar el pleito o cierta pretensión procesal concreta), que si bien permanece en el terreno del alea, también integra invariablemente el objeto de la obligación de medios”*,⁸⁶ es decir, en el campo de las obligaciones de medio el resultado querido se encuentra inmerso en un espacio de aleatoriedad que limita el interés del cliente no solamente a la diligencia del letrado, sino a todas aquellas circunstancias que salgan de su esfera de control.

Naturaleza de las obligaciones del abogado

Además de las obligaciones contractuales derivadas del contrato de mandato o de las obligaciones del contrato de arrendamiento que le fueran aplicables, siempre y cuando no exista la facultad de representar, se encuentran también las obligaciones emanadas de la normativa que regula su actividad profesional como son el Código Orgánico de la Función

⁸⁴ E. LOUGE EMILIOZZI, op.cit., p. 8

⁸⁵ J. BORAGINA/J. MEZA: “Naturaleza de la relación entre abogado y cliente”, Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad de los Profesionales del Derecho, vol. 1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, p. 136

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 136

Judicial, el Código de Procedimiento Civil, la Ley de Federación de Abogados del Ecuador, el Código de Ética y el Reglamento de Tribunales de Honor de cada uno de los colegios de abogados del país.

Con respecto a los códigos de ética y deontología profesional, sus normas poseen relevancia por ser consideradas como fuente de Derecho, por lo que al momento de establecer responsabilidad civil contra el operador jurídico originada en un incumplimiento contractual, estas deben tomarse en consideración en la medida en que este incumplimiento se adecue a una conducta prevista en dichas normas éticas.

Y lo afirmado, es respaldado jurídicamente por lo establecido en el artículo 1562 del Código Civil, que al tratar sobre las normas pertinentes expresa que *“los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”*.

Partiendo de esta premisa, podemos afirmar que todo lo contenido en la normativa anteriormente señalada, y especialmente las que conllevan obligaciones con contenido ético, como son, el deber de prudencia y diligencia, el de fidelidad y confianza, el de consejo, el de información, el de seguir las instrucciones del cliente, y especialmente los deberes de no revelar secretos del cliente, y el de custodiar sus documentos, no perderlos y devolverlos una vez terminado el proceso; legalmente forman parte de la naturaleza del vínculo contractual abogado-cliente, por lo que su incumplimiento acarrearía responsabilidad civil contractual.

Lo dicho es confirmado por el artículo 2038 del Código Civil, que al tratar sobre la recta ejecución del mandato dispone que, comprende, no sólo la sustancia del negocio encomendado (es decir todos los deberes y obligaciones mencionadas), sino también los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo.

La tesis de la obligación de medios que asume el abogado al aceptar la defensa judicial de su cliente, ha sido sostenida por una numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, la misma que ESTHER MONTERROSO resume en los siguientes términos:

La prestación de servicios por parte del Abogado y Procurador (*locatio operarum*) con respecto a sus clientes, su contenido se integra en una obligación de medios y no de resultado, pues, notorio y sabido es, que nunca pueden citados profesionales garantizar el éxito de cualquier decisión judicial y, menos aún, la evitación de los perjuicios irrigados por un procedimiento judicial trabado contra quien confió la defensa de sus intereses a susodichos profesionales. En segundo lugar, es también una obviedad resaltar -y se reitera- que cualquiera que hubiera sido la actuación ejemplarizante o diligente en el supuesto de que así se actuara por parte de los profesionales del Derecho, ello no condicionaría el éxito seguro, no sólo de la pretensión en cuanto a la defensa de los intereses confiados por los clientes, sino también la elusión de cualquier tipo de perjuicio derivado de la existencia de un procedimiento litigioso, ya que -se repite una vez más- esos eventos dependen (o provendrán) de una decisión soberana totalmente independiente emitida por los órganos judiciales (lo que «pertenece de lleno al estricto campo de las conjeturas»⁸⁷).

2.2. ¿Dolo o culpa del abogado?

Corresponde ahora, analizar cuáles son los elementos subjetivos que eventualmente pueden imputarse al abogado por el hecho dañoso derivado del incumplimiento de sus obligaciones. Puesto que, el letrado como deudor contractual, puede dejar de cumplir con su prestación de medios ya sea porque actúa con culpa o con dolo.

Ahora bien, iniciando nuestro análisis con el elemento culpa, para BARCIA LÓPEZ, “*la culpa, desde luego, no es más que una sola [refiriéndose a la identidad conceptual del elemento culpa que abarca tanto al ámbito contractual y extracontractual], la culpa es un concepto elemental único, es la falta de prudencia, de cuidado, de atención, de diligencia que se debe prestar en el cumplimiento de todo deber jurídico*”⁸⁸.

MORELLO a su vez expresa que:

En la culpa no hay malicia, ni designio específico de producir daño. El obrar o la omisión del deudor “no obedece a un propósito definido intencionalmente de no cumplir la obligación, pero el incumplimiento culposo no exime de responsabilidad al deudor, porque implica descuido en el cumplimiento de los deberes que pesaban sobre él, o por no haber tomado las precauciones necesarias. La culpa del deudor puede presentarse cuando sabe que su negligencia puede ocasionar daño, pero confía en que ésta no sucederá o cuando desconoce la posibilidad del perjuicio, pero de haber observado la diligencia necesaria la habría conocido.”⁸⁹

⁸⁷ E. MONTERROSO CASADO, op.cit., p.3, recogiendo la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 29 de mayo de 2003, ROJ 3679/2003, que sigue Don Germán y Don Pedro Francisco contra la Letrada Doña Marisol y la COMPAÑÍA DE SEGUROS LA UNIÓN Y EL FÉNIX ESPAÑOL S.A.

⁸⁸ BARCIA LÓPEZ, p. 632-634, op.cit. en A. MORELLO, *Indemnización del Daño Contractual*, 3ra ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 83

⁸⁹ Ibid., p. 35

De lo expuesto se desprende, que obra con culpa el abogado que incumplió sus obligaciones sin la intención de dañar al cliente; ya que, al no mediar intención maliciosa, la infracción al contrato no ha sido querida por el letrado. El incumplimiento es el resultado de una acción o de una omisión llevada a cabo sin tomar todas las diligencias necesarias que de ordinario evitarían un daño. En este sentido, la culpa en sí misma es *“razón suficiente para hacer responsable a quien ha intervenido causalmente con su hecho en la producción de un daño”*⁹⁰.

Al respecto, nuestra Corte Suprema en un fallo de 6 de abril de 2001 al pronunciarse sobre la culpa estableció que:

La culpa consiste (...) "en no precaver aquello que ha podido precaverse o evitarse; es una negligencia, es decir, un no haber previsto las consecuencias dañosas de la propia conducta". (...) "la culpa consiste en la falta de previsión o cuidado, caracterizado siempre (ya se trate de culpa penal o civil, contractual o extracontractual) por la falta de cuidado o diligencia, descuido o imprudencia que produce un daño, sin intención de causarlo."⁹¹

Lo esencial en la culpa, es que siempre se presentará a través de la negligencia, la impericia, o la imprudencia con la que el abogado lleve a cabo determinadas acciones u omisiones en el proceso judicial. Al respecto el Código Civil en su artículo 29 expresa los grados de culpa, que en “principio”, podrían ser imputados al letrado según el nivel de diligencia y cuidado que haya prestado al momento de desplegar sus servicios por un lado, y por otro, según la distribución del beneficio que se determine a través de la relación jurídica que lo vincule con su cliente.

De esta manera el operador jurídico será responsable de culpa grave, si su actuar es igual al de las personas negligentes e imprudentes y, si el negocio favorece únicamente al acreedor (cliente); responderá por culpa leve si no actuó con la diligencia o cuidado ordinario que un hombre emplea en sus negocios propios, negocio que debe beneficiar a ambas partes; y será responsable de hasta culpa levísima si no procedió con la suma o esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de

⁹⁰ E. BARROS BOURIE, op.cit., p.28

⁹¹ Corte Suprema de Justicia (Ecuador), sentencia en el caso IMPONAC S.A., contra INTERTEK TESTING SERVICES INTERNATIONAL LIMITED, publicada en la G.J, Año CII, Serie XVII, No. 5, p.1324. En similares términos la Sentencia Corte Suprema de 19 de marzo de 2003 (al tratar sobre el cuasidelito civil), publicada en la G.J, Año CIV, Serie XVII, No. 12, p. 3730

sus negocios importantes y por supuesto, si el negocio sólo beneficiaba al deudor (abogado).

No compartimos el sistema mencionado en el párrafo anterior; es decir, la graduación tripartita de la culpa según su gravedad, por los problemas que de ello se deriva en la realidad. Para clarificar lo dicho, vamos a utilizar un ejemplo de JAVIER TAMAYO⁹² aplicándolo a la situación del abogado. Un letrado se hace cargo de la defensa en juicio de los intereses de dos personas vinculadas por el mismo asunto, por razones de amistad el letrado decide llevar gratuitamente el proceso con respecto a una de las personas, pero con respecto a la otra decide cobrar un honorario. Pues bien, resulta que el abogado negligente incumple con su obligación de medios al no custodiar los documentos de sus clientes, ¿Quiere decir esto, que el operador jurídico deberá responder por el mismo hecho tanto de culpa lata o dolo con el cliente o acreedor gratuito; como también de culpa leve con el otro cliente con quien su contrato fue oneroso? La “respuesta” a esta interrogante permite vislumbrar las implicaciones jurídicas que se desprenden de las misma.

El propósito de este ejemplo es mostrar lo inadecuado de este sistema tripartito de la culpa, y como la diligencia al ser un elemento subjetivo, no puede ser probada más que a través de hechos concretos, ciertos y perceptibles en la realidad. Por lo expuesto, no compartimos que la valoración del actuar del abogado se efectúe en función de un prototipo ideal comportamiento exclusivamente; pues la cuestión en sí debe complementarse con hechos que demuestren si existió o no la diligencia debida.

Al ser la culpa un elemento subjetivo de imputación de responsabilidad civil al abogado, el juzgador deberá realizar una valoración en concreto de la diligencia empleada por el letrado para determinar si aquella puede ser considerada como la conducta propia de un abogado prudente y cuidadoso que evalúa los riesgos e implicaciones de sus acciones u omisiones en relación al cuidado debido que demanda la prestación de sus servicios en un proceso judicial. Para consolidar lo dicho, ANDRÉS JANA señala que:

Hoy, la culpa civil se caracteriza por ser un juicio eminentemente normativo en el cual lo relevante es determinar si en el caso, el comportamiento del deudor se ajustó o no a

⁹² J. TAMAYO JARAMILLO, op.cit. t. I, p. 448

un determinado Standard de conducta previamente determinada en el contrato o construido ex - post por el juez. La culpa es objetiva (...). Esta comparación con un modelo abstracto de conducta significa un cambio de visión crítico en la responsabilidad (...).⁹³

Ahora bien, debemos anotar brevemente cuál es la diferencia que separa a cada una de las culpas contenidas en esta noción tripartita. Podemos decir, que la distinción viene dada por lo grave de la circunstancia concreta; es decir, que no importa el número de obligaciones que el abogado haya incumplido en el ejercicio de su profesión (ya que la culpa grave es un concepto jurídico cualitativo y no cuantitativo), sino la gravedad del hecho que envolvió tales incumplimientos para provocar el hecho dañoso.

RUBÉN STIGLITZ, se manifiesta en igual manera al expresar que *“la diferencia está dada entre la mayor o menor gravedad de la situación creada. Esa gravedad tiene como antecedente, como quedó expresado, el incumplimiento del deber objetivo de cuidado, que deberá ser apreciado con rigor y en concreto, considerando una jerarquía de valores, debido a la comparación entre el comportamiento humano medio del sujeto ordinario y reflexivo dentro de la comunidad, y la conducta seguida por el agente”*.⁹⁴

Ahora, tratándose de la culpa en las actividades profesionales, específicamente en el profesional del derecho, ALBERTO BUERES⁹⁵ nos invita a realizar un recorrido por ciertas tesis pregonadas en países de tradición occidental; así pues, tenemos que en la doctrina francesa la culpa de los profesionales era diferente y por ende tenía caracteres propios que la distinguían de la culpa común, razón por la cual los tribunales civiles únicamente lograban enjuiciar a un profesional si su conducta revestía una culpa grave, es decir una conducta que según nuestro Código Civil equivale a dolo.

Por otro lado, para la doctrina italiana la culpa del profesional no era más que la del buen padre de familia aplicada al perito. En otras palabras el letrado era responsable de culpa leve por no prestar la diligencia que los hombres emplean de ordinario en sus

⁹³ A., JANA LINETZKY, en prólogo de BANFI DEL RÍO, CRISTIAN, La Asimilación de la Culpa Grave al Dolo en la Responsabilidad Contractual, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2003, p. v y vi; ob.cit., R. BARCIA L: “La asimilación de la culpa al dolo desde una perspectiva objetiva del Derecho de los contratos: primera parte”; *Ius et Praxis* [online], Vol.12, No.2, 2006, disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200004&lng=es&nrm=iso, consultado: 07/03/2009, p. 40

⁹⁴ R. STIGLITZ, op.cit., p. 107

⁹⁵ A. BUERES: “La Apreciación de la Culpa en la Responsabilidad de los Profesionales”; Revista de Derecho de Daños, Daños Profesionales, Vol. 8, Edt. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, p. 277-286

propios negocios; a diferencia de la doctrina francesa donde la culpa grave es la única razón para juzgar a un colegiado. En la escuela italiana en cambio, la culpa grave se presenta exclusivamente como un régimen de excepción aplicable a aquellas circunstancias que suponen una insólita complejidad en los procesos que desarrolle el profesional, o que a su vez tales procesos no sean susceptibles de ser regidos por leyes universales que establezcan un determinado resultado.

Adicionalmente la doctrina italiana sostiene, que si el colegiado no se encontraba a la vanguardia de los conocimientos y las exigencias técnicas más actuales que demanda su profesión, este debe responder por obrar con negligencia más que por impericia, al iniciar su actividad profesional sin la debida preparación.

En consecuencia, para ALBERTO BUERES la culpa al ser un elemento subjetivo no puede ser apreciada más que de una manera abstracta, razón por la cual no puede darse por sentada para ningún profesional; sino que debe ser ponderada tomando en cuenta patrones de guía medianamente aceptables para el colegiado promedio o normal de la rama del saber en la que se haya especializado. Es decir tendrá que ser juzgado con apego al cuidado y a la diligencia media que aquel pueda exigirse.

Se entiende que para BUERES, la culpa exigible al profesional del derecho es aquella postulada por la doctrina italiana, es decir no es más que la culpa leve o común que demanda del profesional una diligencia acorde con el profesional promedio, sensatamente aceptable por el resto de colegiados de su ramo, es decir se exige una actuación prudente y diligente.

Por otra parte, TRIGO REPRESAS⁹⁶ manifiesta que, en casos en los que se discuta o se ponga en tela de duda la diligencia o pericia del letrado en la realización de actos correspondientes a cuestiones exclusivamente de derecho, la jurisprudencia argentina ha mantenido que no puede pretenderse atribuirle algún tipo de responsabilidad al abogado por la comisión de errores de carácter científico en la argumentación, sin importar que tales “faltas” hayan sido basadas en interpretaciones o posturas doctrinarias muy discutidas y controvertidas.

⁹⁶ F. TRIGO REPRESAS: “Responsabilidad civil del abogado”; Revista de Derecho de Daños, Daños Profesionales, vol. 8, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, s.f., p. 95-98.

La excepción hecha por la jurisprudencia argentina a esta “postura” aparentemente ya consagrada, es que solamente podrá mediar culpa del operador jurídico si el error se basa en una impericia o imprudencia tal que no acate tan siquiera la mesura y la cautela mínima que un abogado de diligencia media realiza en sus actividades profesionales diarias, o que sus actuaciones u omisiones vayan contra las reglas universalmente admitidas como ciertas.

Adicionalmente, la jurisprudencia argentina va más allá “*tratándose de errores de ‘derecho’ en un litigio judicial, se ha señalado inclusive que sus consecuencias pueden no ser tan relevantes, atento a que tales errores en cuanto al fundamento de la litis pueden quedar subsanados por aplicación del principio iura novit curia*”.⁹⁷

En comunión con TRIGO REPRESAS⁹⁸, encontramos a RICARDO CASTRO⁹⁹ quien nos aclara que al intentar valorar una determinada conducta del abogado, nos adentramos en el terreno de lo subjetivo ya que lo que se está intentando es imputar la culpabilidad por un hecho que infraccionó el ordenamiento jurídico, por ello se debe establecer temporalmente si aquella actuación del letrado fue o no voluntaria, ya que de serlo efectivamente existiría culpa (en sentido general).

CASTRO nos sitúa sobre los dos posibles elementos subjetivos de imputación como son la culpa y el dolo; argumentado que la culpa no es más que aquella “omisión de la prudencia y diligencia” debida en razón de la naturaleza jurídica de la obligación enmarcada dentro de lineamientos que la definen y la limitan, como son la persona que asume esa obligación, el tiempo y el lugar en que nació esa obligación.

En un sentido similar se pronuncian JUAN BORAGINA y JORGE MEZA quienes a propósito de la apreciación de la culpa en el ejercicio profesional del letrado nos dicen que:

(...) al igual que la de la culpa en general, se coincide en doctrina en que este factor inicialmente se aprecia en concreto, sobre la base de la diligencia que exigiere la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de personas, tiempo y lugar; esos elementos concretos se completan con las condiciones persona. Por condiciones personales debe

⁹⁷ F. TRIGO REPRESAS: “Responsabilidad civil del abogado”; Revista de Derecho de Daños, Daños Profesionales, vol. 8, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, s.f., p. 97

⁹⁸ Ver cita 94

⁹⁹ R. CASTRO, op.cit., p. 155-158

entenderse aptitudes objetivadas de cada individuo títulos científicos, especialidad, prestigio.¹⁰⁰

Entonces si la culpa es una anomalía en la conducta, ocasionada por la falta de una diligencia ideal, otro de los supuestos donde este incumplimiento de la obligación tiene cabida es en la imprudencia que no es más que aquella falla en la previsión de los posibles resultados o efectos que podrían generarse en virtud de un determinado comportamiento; y por otra lado tenemos a la impericia, que en el caso del profesional del derecho consistiría en la ausencia o falta de conocimientos, técnicas y métodos propios de la ciencia jurídica.

Se afirma que, en el área de la responsabilidad civil, la conducta que debe exigirse de manera general es aquella que prevea, avizore o evite la eventualidad de un daño; ya que de no hacerlo dará cabida a un juicio de recriminación propiciado por el cliente. Por ello, la doctrina está de acuerdo que la manera de determinar si en lo obrado por el letrado existió culpa, es ineludible realizar un cotejo entre lo realizado por el operador jurídico, y cómo hubiera actuado un abogado prudente y diligente promedio o normal.

Por otro lado, existe un sector doctrinario que afirman que para realizar este contraste entre lo que se hizo y lo que se debió hacer, debemos partir con base a elementos concretos que fueron mencionados líneas arriba; como son el tipo de diligencia que exige la obligación, las circunstancias específicas y personales del abogado (experiencia, nivel educativo y cultural entre otros), tiempo y lugar. Es decir, confrontado lo concreto con el modelo abstracto y general contenido en el ordenamiento legal, el cual nos dará las pautas para precisar si su flexibilidad nos permite encasillar o no la conducta particular a la conducta con la que debió obrar el operador jurídico; del resultado de este análisis surgirá si hubo o no culpa.

En definitiva, si el cliente demuestra el incumplimiento de la obligación de medios del letrado, habrá lugar a la presunción de culpa contenida en el inciso tercero del artículo 1563 del Código Civil que al respecto dice “*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*”¹⁰¹, en este caso al abogado.

¹⁰⁰ J. BORAGINA/J. MEZA, op.cit., p. 139

¹⁰¹ Código Civil (Ecuador), inciso 3ro del artículo 1563

Continuando con el análisis, nos corresponde ahora enfocarnos en el dolo, el cual tradicionalmente se lo concebía como el hecho dañoso que es llevado a cabo con la intención de causar daño o injuria a otra persona o a su propiedad, “*con la conciencia y la intención de realizar el comportamiento prohibido por la ley*”¹⁰². Siguiendo la línea del artículo 29 de nuestro código común, el dolo equivale a culpa grave, la cual consiste en “*no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios*”.¹⁰³

En otras palabras, para la doctrina tradicional el dolo en el ámbito contractual significa que el letrado actúa con la intención de producir un daño a su cliente a través del incumplimiento del contrato en el que comprometió sus servicios profesionales para la defensa judicial de los “intereses de su cliente”. En sentido similar, al tratar sobre los actos ilícitos se ha pronunciado la Corte Superior en un fallo de 19 de marzo de 2003 al expresar:

Hechos o actos ilícitos son los contrarios a las normas legales o reglamentarias (...). Se clasifican en delitos y cuasidelitos. Los primeros son aquellos realizados con malicia, con la intención positiva de cometer el daño. Se subclasifican, a su vez, en delitos civiles y delitos penales. Estos últimos están caracterizados por el hecho de encontrarse tipificados y sancionados por la ley penal. Mientras que los delitos civiles no lo están. Dicho en otra forma, todo hecho o acto ilícito cometido con la intención de realizar el acto contrario a la ley, pero que no está tipificado o sancionado con la ley penal, es delito civil.¹⁰⁴

En sentido similar se pronuncia DE RUGGIERO-MAROI, al expresar que “*el dolo en la ejecución de una obligación, consiste en el voluntario incumplimiento de ella con el fin de perjudicar el interés del acreedor*”.¹⁰⁵

El dolo, de manera inevitable siempre contendrá en su esencia un mayor o menor grado de intencionalidad, “*de modo que la acción dolosa es inseparable de una voluntad dolosa*”;¹⁰⁶ intencionalidad que no necesariamente implica la finalidad positiva del agente de causar daño a otro (así lo entiende actualmente la doctrina). Si el abogado, de manera

¹⁰² J. TAMAYO JARAMILLO, op.cit., p. 21

¹⁰³ Código Civil (Ecuador), inciso 1ro del artículo 29

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia (Ecuador), sentencia en el caso Wagner Viñán, contra la Federación Médica Ecuatoriana y otros, publicada en la G.J, Año CIV, Serie XVII, No. 12, p. 3730. En igual sentido, la Sentencia Corte Suprema de 6 de abril de 2001 (al establecer al dolo como generador de delito civil), publicada en la G.J, Año CII, Serie XVII, No. 5, p.1324.

¹⁰⁵ DE RUGGIERO-MAROI, v. II, n. 1, p.81 op.cit. A. MORELLO, op.cit., p. 349

¹⁰⁶ E. BARROS BOURIE, op.cit., p.72

consciente, es decir con la voluntad de frustrar la conclusión del contrato, incumple con la prestación de medios esperada por su cliente, está ocasionando, porque así lo quiso, un perjuicio injusto a su cliente.

Al respecto de esta noción no tan restringida sobre lo que implica la intencionalidad de dañar en el dolo, AUGUSTO MORELLO expresa:

En relación a la *intención de dañar*, en el sentido de que el incumplimiento del deudor debe ser voluntario y *deliberado*, encaminado a ocasionar perjuicios al acreedor, dado a las sutilezas a que se presta su concepción, la doctrina ha terminado por optar por un criterio más seguro, aunque tal vez con miras a una simplicidad a la que no es posible acceder. Considera, en efecto, que el dolo en el incumplimiento se configura con la mera *intención de no realizar la prestación* (quebrando activa o pasivamente la conducta debida) o lo que es igual, la consciente (a sabiendas) violación de la obligación. Más simple aun: el dolo se tipifica cuando el deudor tiene conciencia de no cumplir la obligación.¹⁰⁷

Esto quiere decir, que la conducta dolosa del operador jurídico implica más que el simple querer del resultado del acto dañoso, consecuencia inevitable de la acción, ya que obra con conocimiento y deliberación. O puesto en otras palabras, si el abogado actúa con la conciencia suficiente de las consecuencias inmediatas de su conducta (conocimiento de que un acto u omisión propia en su obligación generará un daño) y las acepta inclusive teniendo pleno conocimiento de la ilicitud que importa su acción u omisión, sin importar que tenga o no la intención positiva de causar daño a su cliente, dará lugar al nacimiento de lo que en la doctrina moderna se conoce como “dolo eventual”, desarrollado a través de la teoría de la representación.

Esta teoría desarrollada en Alemania y defendida fehacientemente por VON LISTZ, nos dice que la **intención** no es más que “*la representación del resultado que acompaña la manifestación de voluntad*”. “*Se halla en la base de este concepto que la violación responda a un acto voluntario, lo que por definición significa que ha sido llevado a cabo con discernimiento, intención y libertad*”.¹⁰⁸ Los MAZEAUD aclaran aún más esta teoría al decirnos que:

Desde que el autor del daño al actuar tenga conciencia de que puede causar un perjuicio a otro, incluso aunque no desee la realización del daño, e incluso aunque ejerza su actividad para alcanzar un fin muy diferente, ello basta: Hay falta delictual. Esta teoría ha sido llevada hasta sus últimos límites en Inglaterra por Austin, para quien el delito existe

¹⁰⁷ A. MORELLO, op.cit., p. 353

¹⁰⁸ *Ibíd.*

desde que el responsable haya tenido la creencia, en el momento que ha actuado, de la realización posible del resultado.¹⁰⁹

MORELLO, reafirmo lo expresado al recoger el voto del doctor Casaux Alsina en la causa “Márquez, Oscar César c/ Segal, Zanguill”, en la que expresó:

La voluntariedad y conciencia puesta por el deudor en el incumplimiento de la obligación determina la calificación de dolosa que corresponde atribuir a su conducta contractual, *prescindiendo de la intención de dañar* o causar perjuicios, para tener por acreditada la existencia del dolo. El incumplimiento doloso de una obligación impone el deber de resarcir los daños ocasionados al acreedor, tanto relativos a la cosa objeto del contrato *como a sus otros bienes y que sean consecuencia mediata y previsible del incumplimiento, vale decir, no lejana u ocasional o causal.*¹¹⁰

Entonces, si el dolo eventual no necesariamente implica la intención de causar daño, ¿Cuál es la diferencia entre el dolo eventual y la culpa grave en los términos propuestos por el Código Civil?

Al respecto, nuevamente RUBÉN STIGLITZ¹¹¹ nos explica que la noción propia de culpa grave es la de una impericia, negligencia e imprudencia evidentemente exagerada, desproporcionada; de un grado tan elevado de desidia que no permite vaticinar o vislumbrar lo que hasta la más común de las personas pueden avizorar. Es la omisión de hasta las precauciones más esenciales, inclusive con la desatención de la diligencia más ingenua.

Por tanto, de no haber diferencias entre estas dos figuras jurídicas, habrá culpa grave o dolo, si el abogado más allá de omitir hasta la más común y elemental de las precauciones, faltando incluso al cuidado mínimo que hasta las personas menos prudentes suelen tener, simplemente incumple intencionalmente con sus obligaciones.

Por otro lado, para STIGLITZ¹¹² si existen diferencias conceptuales de fondo entre el dolo y la culpa grave; siendo que esta última, como ya se dijo, no es más que un groso error de dimensiones totalmente absurdas pero que no pretende las consecuencias derivadas de la misma, las cuales se originan por causas ajenas a la voluntad del agente. Es

¹⁰⁹ MAZEAUD-TUNC-CHABAS, op.cit., t. I, p. 412; aprueban esta solución, MARCEL PLANIOL, GEORGES RIPERT, por ESMEIN, op.cit., IV, p. 513; op.cit., J. TAMAYO JARAMILLO, t. I, op.cit., p. 72-73

¹¹⁰ Cám. Nac. Civ., sala E, 3/8/59, Juris. Arg., 1959, v. V, p. 624; cit. en A. MORELLO, op.cit., p. 354

¹¹¹ R. STIGLITZ, op.cit., p. 107-109

¹¹² *Ibíd.*

decir, se da un resultado pero que acaece sin malicia alguna, con “buena fe”; en cambio, el dolo es la esencia de una conducta realizada con mala fe que mediante una acción u omisión voluntaria ocasiona un daño, o por lo menos se tiene la plena conciencia del resultado.

El citado autor, además apoya su postura en varios fallos de la Corte Suprema de Argentina (en sentencias sobre la culpa grave como causa legal de exoneración de responsabilidad de aseguradoras) que ha propósito de las supuestas diferencias entre estas dos figuras jurídicas, mantiene que el dolo eventual se diferencia de la culpa grave en el sentido de que el agente no conoce ni acepta voluntariamente el resultado, ni le resulta indiferente.

A pesar de que en estricto rigor teórico, pareciera haber mucha razón en la distinción; al momento de aterrizar estos conceptos básicos en la realidad, resultaría muy difícil (por decirlo de alguna manera) diferenciarlos, ya que la delgada línea que separa a una negligencia tan grosera como es la culpa grave, de un acto deliberado e intencional, que se comete con la conciencia y el conocimiento de que ocasionará un daño (pero sin la intención de causarlo), se difumina fácilmente al momento de llegar a la etapa probatoria.

Al contrario de lo propuesto por STIGLITZ¹¹³, consideramos que si existe una diferencia entre la noción de culpa grave y el concepto tradicional y restrictivo que vea al dolo como la intención maliciosa, consiente y positiva de infringir daño a otra persona. Pero al intentar diferenciar la culpa grave del dolo eventual, la situación cambia drásticamente, ya que más que existir una diferencia conceptual entre ambas figuras, lo que hay es una identidad real por el simple hecho de que en ambos casos no preexiste la intención de dañar, y por tanto al no haber tal propósito, tampoco hay malicia alguna, pero si habría una desidia tal que se presenta a pesar de tener plena conciencia y conocimiento de sus resultados.

Las supuestas diferencias no tendrían asidero al momento de establecer la culpa grave o el dolo con la que actuó el abogado al incumplir sus obligaciones contractuales, ya sea por una negligencia grosera o por una desidia deliberada, no se podría argumentar que en su “negligencia” había falta de conocimiento absoluto de las consecuencias de su

¹¹³ Ver cita 112

incumplimiento contractual. Por tanto, y haciendo nuestras las palabras de JHON AUSTIN¹¹⁴, el abogado tiene la creencia de que cualquier incumplimiento injustificado y deliberado de sus obligaciones tendría resultados negativos incluso antes de la suscripción de cualquier contrato.

Tanto en el dolo eventual como en la culpa grave existe de por medio un conocimiento definido y preestablecido de las consecuencias posibles que podría acarrearle un eventual incumplimiento intencional de sus obligaciones, así como también de la responsabilidad que esto le acarrearía.

Creemos que la única diferencia aceptable es si la conducta consiente y conocida por el abogado, fue realizada de manera deliberada o se debió a un terrible descuido; pero volvemos de vuelta al tema de la dificultad probatoria. Aspectos subjetivos que se encuentran exclusivamente en el fuero interno del operador jurídico, y por tanto es aquí donde radica la importancia de probar hechos concretos que demuestren la diligencia óptima con la que ejecuto sus servicios o no.

Del análisis de la norma que equipara la culpa lata al dolo, se intuye que cualquier conducta del abogado que conlleve una negligencia grave, manifiesta aparentemente un comportamiento contrario a la buena fe; es decir, nuestro Código Civil toma en consideración exclusivamente a los factores externos objetivos que demostrarían la existencia de culpa lata, pasando por alto la intencionalidad en la actuación, para deducir que se trata de una conducta dolosa.

En otras palabras, al verificarse los elementos concretos de una negligencia de magnitud grosera, es suficiente para equipararla a dolo, sin importar que no se haya probado la intención directa de dañar. En definitiva, lo que entiende nuestro código común por culpa se sustenta en la idea objetiva de dolo.

Entonces, si nuestro concepto de dolo (en este caso dolo eventual) no siempre demanda una intención del abogado de inferir daño al cliente, sino que este se deriva de un comportamiento objetivo, real, perfectamente perceptible por el juzgador, *“la posición*

¹¹⁴ Citado por J. TAMAYO JARAMILLO, t. I, op.cit., p. 72-73

objetiva del dolo entonces lleva a considerar como tal al dolo eventual o preterintencional por cuanto ellos claramente serían una forma de culpa grave".¹¹⁵

Ahora bien, como ya lo hemos dicho, en nuestro sistema, el abogado de ordinario responderá hasta por culpa leve, raramente lo hará por culpa lata si el cliente es el único beneficiario de la relación contractual. Por tanto, el abogado responderá por culpa lata o dolo, únicamente en casos excepcionales como el mencionado. Pero deberá responder exclusivamente por dolo en todos los casos en los que el cliente logró demostrar que el incumplimiento de su obligación de medios se debió a un acto voluntario y deliberado del letrado, sin importar a quien beneficiaba el vínculo contractual.

En conclusión, *“existe dolo contractual cuando el deudor en forma deliberada y sin que haya causa extraña que se lo impida, incumple sus obligaciones, poco importa que tenga o no la intención de causarle daño al acreedor. Lo que interesa es la intención de no cumplir, más no la intención de causar daño con el incumplimiento”*.¹¹⁶ Tesis que también ha sido recogida en una sentencia de la Corte de Casación de Francia del 4 de febrero de 1969, que al respecto manifiesta que *“el deudor comete una falta dolosa cuando, con propósito deliberado, se niega a ejecutar sus obligaciones contractuales, aunque ese rechazo no sea dictado por la intención de dañar a su acreedor”*.¹¹⁷

¿Se debe probar el dolo o la culpa?

De manera general, para la doctrina, en materia contractual la culpa es un elemento subjetivo de la responsabilidad civil que se presume en la conducta del deudor que incumplió la obligación, en nuestro caso el abogado, por tanto, *“es [el] quién deberá probar que la no ejecución se produjo por causa no imputable al mismo”*.¹¹⁸

¹¹⁵ R. BARCIA L, op.cit., p. 75

¹¹⁶ PHILIPPE LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 2 da ed., París, Ed. Dalloz, 1976, p. 1028, op. cit., J. TAMAYO JARAMILLO, t. I, op.cit., p. 20. En el mismo sentido, MARCEL PLANIOL, GEORGES RIPERT, ATILIO ANÍBAL ALTERINI, OSCAR JOSÉ AMEAL, ROBERTO LÓPEZ CABANA, HENRY Y LEÓN MAZEAUD, ANDRÉ TUNC, CHABAS, ESMEIN, VON LISTZ, AUSTIN.

¹¹⁷ Fallo citado por JACQUES GHESTIN, Geneviève Viney, op.cit., t IV, p.620; op.cit., J. TAMAYO JARAMILLO t. I, op.cit., p. 219

¹¹⁸ GARCÍA VALDECASAS, *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el derecho español*, Rev. Der. Priv., p. 842; op.cit., SALAS, *Estudios sobre responsabilidad civil*, No. 12, Valerio Abeledo, 1947, p. 16; op.cit., A. MORELLO, op.cit., p. 90

Este criterio, también lo encontramos en nuestro código común, que al tratar sobre la responsabilidad civil establece que, la diligencia, es decir la no culpa, debe ser probada por quien debió emplearla (abogado); y agrega, si pretende exonerarse de responsabilidad, deberá probar el caso fortuito o la fuerza mayor, el mismo discernimiento, se emplea con ocasión del contrato de mandato (artículo 2054 Código Civil), ya que se deberá probar la existencia de estos últimos para demostrar la imposibilidad ejecutar el encargo del mandato; contrato que como ya se ha dicho, deberá regular la relación con el cliente, siempre y cuando este unido a la facultad de representarlo.

Al cliente, *“le basta probar la existencia de la obligación, o mejor dicho, de su derecho; en cuanto a las causas de la inejecución él no tiene nada que hacer con ellas y si el [abogado] cree estar liberado de toda responsabilidad, por caso fortuito o de fuerza mayor, es él quien deberá probar este hecho”*¹¹⁹; pues, *“es propio del régimen de las obligaciones convencionales que no sea necesario demostrar la culpa del deudor en el incumplimiento para que proceda la indemnización de daños y perjuicios”*.¹²⁰

Por otro lado, la doctrina que se respalda en el contenido de las obligaciones de medio (diligencia), enfatiza que, si el cliente pretendiera obtener una indemnización de perjuicios del abogado, le corresponderá demostrar que el fracaso en la obtención del triunfo pretendido aconteció por culpa del operador jurídico atribuible a una actuación propia realizada con imprudencia, negligencia e impericia. Ya que si, el resultado final no comprometido por el abogado pero esperado por el cliente, resulta negativo, no por eso se tipifica un supuesto de incumplimiento contractual y el cliente deberá igualmente correr con la carga de probar la culpa del operador jurídico.

Al respecto, el voto del Dr. Baños en la Cámara civil 2da, sala II, La Plata, expresó:

Se distingue entre obligaciones de medio (o de prudencia o diligencia), y aquéllas de resultado (obligaciones determinadas), en que el deudor se compromete a la obtención de un resultado esperado por el acreedor. En las obligaciones de medio él deudor sólo se obliga a un determinado comportamiento, de tal modo que no falta a su compromiso y no incurre en responsabilidad salvo en el caso que cometa una imprudencia, negligencia,

¹¹⁹ SALVAT-GALLI, *Obligaciones en general*, v. 1, p. 87-92; op.cit., A. MORELLO, op.cit. p. 90

¹²⁰ Voto del doctor de Tezanos Pinto, Cám. Civ. 2da, 1942; ibíd. En el mismo sentido RIPERT y BOULANGER, *Derecho civil.*, cit., t. 4, v. I, p. 468, n° 788: En todo este sector la culpa del deudor consiste en no haber cumplido su obligación. La prueba se refiere, por tanto, en primer término, al incumplimiento. Recién después –dicen con agudeza Ripert y Boulanger- se puede preguntar por qué razón no la ha cumplido; op.cit.; ibíd., p. 351

desidia, descuido o incuria, extremo éste que debe probar la víctima; en cambio, en la obligación de resultado, ésta queda incumplida por el solo hecho de que no se haya alcanzado el resultado previsto y el autor del daño no puede liberarse de la responsabilidad más que demostrando que es incumplimiento se debe a la culpa de la víctima, caso fortuito o fuerza mayor.¹²¹

A pesar de lo expuesto por la doctrina, y en virtud de nuestro criterio objetivo, no participamos en la idea que la carga de la prueba de la culpa recaiga sobre el cliente; pues, como bien lo ha expresado SALVAT-GALLI, a aquel, únicamente le importa probar la existencia de una obligación o derecho sobre el comportamiento del abogado, siéndole indiferente por completo, las causas de incumplimiento de la misma. De la misma manera lo señala el artículo 1715 del Código Civil, que al hablar sobre la pruebas de las obligaciones dice “*incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta*”.¹²²

Es decir, si el cliente pretende hacer responsable civilmente a su abogado por el daño que ha sufrido, para obtener de aquel una compensación o reparación en los términos propuestos por el artículo 1572 del código común, “*la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento*”¹²³, deberá únicamente probar la existencia de la obligación.

En el mismo sentido se pronuncia MOSSET ITURRASPE, “*enfático defensor de la tesis contractual objetiva, al puntualizar que en las obligaciones de medios o de diligencia el deudor [abogado] debe probar que actuó con diligencia debida, acorde a un modelo de conducta razonable*”.¹²⁴ Y más adelante agrega, que “*ante un incumplimiento contractual –en el caso, rescisión unilateral sin causa de un contrato consensual de locación de servicios- el acreedor no debe probar la culpa del deudor, incumbiendo a éste la carga de*

¹²¹ Voto cit. en A. MORELLO, op.cit. p. 91. El mismo autor agrega, en las obligaciones de medios (o actividad), el *onus probandi* es factor subjetivo, pesa sobre el acreedor. Complementariamente –y en segundo y más evolutivo desarrollo- se postula por parte de doctrina y jurisprudencia que esa directiva (subjetivista en los deberes de medios) se invierte, en hipótesis de incumplimiento liso y llano de la obligación (...); la prueba recae en el deudor. En los casos de incumplimiento relativo por defecto de la actividad la culpa en cambio debe ser probada por el actor, sin perjuicio de la gravitación de las presunciones (...) AGOGLIA, MARÍA-BORAGINA, JUAN-MEZA, JORGE, *Responsabilidad por incumplimiento contractual*, cit. p. 83, 136, 243, 275; op.cit., A. Morello, op.cit., p. 154.

¹²² Código Civil (Ecuador), artículo 1715 1er inciso.

¹²³ *Ibíd.*, artículo 1572

¹²⁴ J. MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños. El incumplimiento contractual*, Rubinzal-Culzoni, 1998, t. II cit. p. 72 y MOSSET ITURRASPE Y NOVELLINO, NORBERTO, *Derecho de Daños. La prueba en el proceso de daños*, cit. p. 114 y ss.; *ibíd.*, p 154

la prueba del cumplimiento o de la circunstancia impeditiva o extintiva de la obligación”.¹²⁵

En cuanto al dolo civil contractual, ya lo hemos dicho, estará presente en toda ocasión en la que el abogado incumpla voluntaria y conscientemente sus obligaciones, ello “*exige que la mala fe se sancione porque el [letrado] no se puede sustraer voluntariamente a sus obligaciones. Existe un principio superior según el cual la inejecución dolosa de una obligación anterior agrava la situación de aquél, sin que, por ello, el tipo de responsabilidad (contractual) se modifique*”.¹²⁶

Pero el dolo, a diferencia de la culpa, según lo establece el artículo 1475 del Código Civil, “*no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse*”.¹²⁷ Por tanto, si lo que pretende el cliente, es imputarle al letrado no sólo las consecuencias mediatas de sus actos, que de haber mediado diligencia en razón de tiempo y lugar le hubieran permitido prever o evitar aquellos daños que ya hayan sido previstos; sino también, “*todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado su cumplimiento*”¹²⁸ en los términos del artículo 1574 del código común, deberá necesariamente probar el dolo del abogado.¹²⁹

En síntesis, y haciendo nuestras las palabras de MOSSET ITURRASPE, “*en el incumplimiento se hacen borrosas las fronteras externas e internas, el deslinde. Es allí donde casuísticamente la prudencia del juez, guiado por el contexto del caso, podrá graduar la responsabilidad y agravarla*”.¹³⁰

¹²⁵ CCCom., de Lomas Zamora, sala I, 22-6-2000, “Duvi SRL c/ Ingeniería Deportiva SRL”, E.D. 197-277; cit., en J. MOSSET I/M. PIEDECASAS, A., *Responsabilidad Contractual*, 1ra ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 250

¹²⁶ Martine, p. 141-142, 1; op.cit., A. MORELLO, op.cit. p. 349; el mismo autor más adelante agrega, “el que tiene a su cargo una prestación debe realizarla aportando para tal fin su concurso personal, puesto que de él depende en gran medida que aquel propósito se lleve a cabo. Si por el contrario, deliberadamente se conduce en sentido contrario, no sólo se sustrae el programa de cumplimiento y a la conducta o comportamiento que tal programa demanda, sino que no se necesita más para que el obligado cometa dolo”. Cám. Com. nac. Civ., sala E, 11/5/62, Juris. Arg., 1963, v. III, p. 549, cit. en ibíd., p. 350

¹²⁷ Código Civil (Ecuador), artículo 1475.

¹²⁸ Ibíd., 1574

¹²⁹ El menoscabo derivado del incumplimiento culpable o doloso de una obligación contractual debe ser probado por quien lo invoca, ya que la inejecución del contrato, no constituye, por sí misma, una presunción de daño del acreedor. CNCiv., sala D, 30-3-79, “Badaro, Hugo A. c/ Asis, Julio M.”; cit. en J. MOSSET I/M. PIEDECASAS, A., p.250-251

¹³⁰ Ibíd., p. 349

2.3. Inadecuada custodia de documentos del cliente por su pérdida o destrucción

Una vez determinados los posibles factores de imputación del letrado por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por él, ahora nos compete analizar los deberes relacionados al manejo de documentos, y por los cuales el abogado deberá responder si los incumple.

Al decir que el abogado en su ejercicio profesional se encuentra sometido al ordenamiento jurídico, esto no quiere decir que sus actuaciones únicamente deban ajustarse a las reglas del mandato, cuando le sean aplicables, o las del arrendamiento de servicios profesionales, contenidas en el Código Civil, sino que, aquel debe ajustarse a la totalidad de la normativa competente que integran el contenido de su contrato, incluyendo normas de contenido ético y moral (Ley de Federación de Abogados del Ecuador, el Código de Ética Profesional, el Reglamento del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Pichincha, y la costumbre artículo 1562 del Código Civil).

De tal forma que cualquier conducta que contravenga a este cuadro normativo deberá ser considerado violatorio de las obligaciones contractuales por estar integradas en el contenido de la naturaleza del contrato.

Por tanto, es necesario hacer una enunciación de todas las normas relacionadas con el correcto manejo de la documentación del cliente, y que se encuentran contenidas en los códigos y leyes mencionados. Entre las principales tenemos:

a) El letrado al aceptar la defensa de un cliente en un proceso judicial, lo hace bajo las reglas del contrato de mandato o de arrendamiento de servicios inmateriales, por tanto debe *ejecutarlo de buena fe*.¹³¹

b) El letrado al patrocinar una causa, deberá hacerlo con sujeción al *principio de lealtad, honradez y buena fe*, cumpliendo *fielmente* (deber de fidelidad) y a cabalidad las obligaciones que asumió.¹³²

¹³¹ Código Civil (Ecuador), artículo 1562. En el mismo sentido el Art. 45 numeral 8 del Código de Procedimiento Civil.

c) El abogado, al ser un servidor de la justicia, tiene un deber profesional que consiste en defender *diligentemente* los derechos de sus clientes, *con estricta sujeción a las normas jurídicas y éticas*. Por tanto una vez aceptado el encargo, prescindirá de su propio interés y empleará en el todos los *medios lícitos y morales a fin de obtener mejor resultado de su gestión*.¹³³

Resumimos los presupuestos que se relacionan de manera directa con cualquier incumplimiento de la obligación de custodia de documentos del cliente. Ahora quisiéramos plasmar los principios deontológicos desarrollados por la doctrina que dan soporte a este andamiaje jurídico. Así, podemos decir, con respecto al deber de lealtad que el letrado debe al cliente, éste demanda del operador jurídico una conducta franca y decorosa, que le permita actuar con la suficiente independencia como para poder velar eficaz y eficientemente por los intereses de su cliente.

La lealtad implica, además, que el abogado debe explicar al cliente de manera clara, concreta, precisa y lo más apegada a la realidad, los posibles escenarios de la estrategia procesal escogida; es decir, que si bien el operador jurídico se encuentra obligado a “hacer” todo lo que esté al alcance de su sapiencia y pericia para obtener un fallo positivo a las pretensiones de su cliente, no puede hacer uso de medios ilícitos o inmorales.

Para MONROY CABRA, el deber de lealtad también implica un deber de sinceridad, en el sentido de que si bien el letrado agotará todos los medios legales idóneos y moralmente aceptables para alcanzar la victoria, esto de ninguna manera quiere decir que garantice el éxito del mismo; pues como ya se dijo su obligación es de medios y no de resultados.

Adicionalmente, el deber de que el letrado prescinda de sus propios intereses, implica también que se identifique con los intereses de su cliente. Por tanto, en su labor debe manejarse con sumo cuidado, entusiasmo y esfuerzo; ya que su visión debe ir más allá de las particulares circunstancias del litigio en concreto, puesto que para su cliente el asunto encomendado resulta lo más trascendente. El fundamento de este deber se asienta

¹³² Código Orgánico de la Función Judicial (Ecuador), artículos 330, 335. En el mismo sentido sobre el deber fidelidad, el Art. 15 literal h del Reglamento del Tribunal de Honor.

¹³³ Código de Ética Profesional (Ecuador), artículos: 1, 3, 7, 12, 13. En el mismo sentido sobre el secreto profesional, el Art. 04 literal del Reglamento del Tribunal de Honor y el Art. 45 numeral 5 del Código de Procedimiento Civil.

en la prestación de servicios profesionales que caracteriza a la relación abogado-cliente, la cual debe basarse en una atmósfera de confianza que el cliente deposita en el letrado y viceversa puesto que “*el cliente confía al abogado asuntos que afectan a su patrimonio, su libertad o, incluso, su vida*”.¹³⁴

Lo dicho, demanda del operador jurídico un comportamiento, objetivo y justo, marginando cualquier tipo de interés que lo vincule a la causa, o que corrompa su honradez y fidelidad. Este “*principio de desinterés (implica) exigir al abogado el sacrificio de sus aspiraciones personales, aún siendo legítimo, en protección del interés de su cliente*”.¹³⁵

Entonces, si la confianza es la raíz y la fuente misma de la relación contractual, “*desde que el abogado se identifica con el cliente*”¹³⁶ para la defensa de sus intereses en el proceso judicial, ello conlleva en sí mismo un deber de confidencialidad que exige al operador jurídico llevar a cabo todos los medios necesarios para custodiar los *documentos*, información y cualquier papel derivado de la relación abogado-cliente, tanto en el transcurso de la misma, como también cuando aquella haya terminado.

La necesidad de generar confianza, además de ser una obligación de contenido ético-moral, por sí sola no demanda la existencia de un daño o menoscabo al cliente para que se la vulnere, sea por “abstención” o por acción (la confianza no implica únicamente la inhibición de ciertas conductas, sino además el efectivo ejercicio de otras tantas, como lo es la adecuada custodia de documentos que exige un actuación ideal y apropiada del letrado), puesto que, cualquier infracción a este deber de confidencialidad conlleva una falta ética, siendo de cierta manera indiferente el hecho de que se haya causado o no perjuicios al cliente.

En definitiva, cuando el abogado, en razón de su deber de dar una adecuada custodia a todos los documentos del cliente, ya sea que este se los haya entregado para la defensa de sus intereses, o que estos sean producto del desarrollo del proceso, incumple

¹³⁴ R. MURELLAT, “Los diversos enfoques del secreto profesional del Abogado y sus excepciones en Estados Unidos de América”, en La Ley, 1997, p.1, ob.cit. E. Cortés “Secreto profesional del abogado y ejercicio de derecho a la defensa a la luz de la directiva 2001/ 97/C.E. del Parlamento Europeo y el Consejo”; Anuario de la Facultad de Derecho U.EX, Vol.XXI, 2003, disponible: www.dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=854114 , consultado: 07/03/2009, p. 153-185

¹³⁵ O. ROSENKRANZ, et. al, p.178; op.cit., MARCELO PARMA, Vademécum de Ética Jurídica, Cuyo- Argentina, ed. Cuyo, 2000, p.218

¹³⁶ Ver LÓPEZ-MIRO, HORACIO et. al, p.110; op.cit., ibíd., p. 104

con el mismo (si los pierde, olvida o extravía), de igual manera viola este deber una vez terminado el proceso. Pues queda incumplida por lo mismo, su obligación posterior de devolución.

Una vez aclarado el panorama ético y jurídico que conlleva la violación al deber de adecuada custodia de la documentación del cliente, ahora nos compete adentrarnos en las características de esta obligación, y los pronunciamientos de la jurisprudencia española sobre responsabilidad civil del abogado.

Lamentablemente no encontramos en el Ecuador fallos sobre responsabilidad civil del abogado por mala *praxis*, no existen juicios sustanciados en su contra por sus clientes. Por tanto pretender buscar sentencias en las que se halle implicado un letrado por fallar a sus obligaciones contractuales, especialmente las vinculadas al manejo de documentos, resulta una tarea inútil. Por ello nos vimos obligados a recurrir una vez más, a la experiencia española, donde la jurisprudencia sobre responsabilidad profesional del abogado es abundante y trata sobre numerosas obligaciones o deberes a los que se comprometen los operadores jurídicos mediante un contrato de prestación de servicios,¹³⁷ único contrato aceptado mayoritariamente por su jurisprudencia, puesto que en su Código Civil el contrato de mandato solo puede ser gratuito, a diferencia del ecuatoriano donde el mandato también puede ser oneroso.

La adecuada custodia de documentos es una obligación secundaria, que de ordinario no se encuentra enunciada en el contrato; cuando la relación contractual abogado-cliente inicia, esté último entrega al primero una amplia o reducida gama de documentos, informes, papeles entre otros, está misma entrega obviamente dará lugar a la obligación del operador jurídico de custodiarlos y usarlos adecuada y diligentemente.

El incumplimiento de esta obligación requiere de tan solo dos conductas que puede derivarse de situaciones activas u omisivas idóneas por parte del letrado para que haya lugar a un daño, y por lo tanto a responsabilidad civil. Así, en un primer plano tenemos que el abogado, al no custodiar y guardar adecuadamente tanto los documentos que le han sido confiados al inicio de la relación, como también aquellos que fueron surgiendo en el

¹³⁷ Ahora bien, las estadísticas y nuestra propia experiencia investigativa para la realización de este trabajo nos muestran que la gran mayoría de casos que se sustancian por responsabilidad del abogado en tribunales españoles, están relacionados con actuaciones procesales.

desarrollo del proceso, a sabiendas de que es una obligación con la que debe cumplir deliberadamente no lo hace, o por su negligencia se pierden o se destruyen, o simplemente no los aporta al trámite o instancia precisa del proceso a consecuencia de su desidia o desinterés.

Así por ejemplo, habrá incumplimiento, si el abogado recibe documentación confidencial por parte de su cliente que pueda probar la veracidad de su pretensión en juicio, si los confunde con otros papeles que estaban recolectados para ser reciclados y por ende se destruyen incumple su obligación. Incumplirá también, si el operador jurídico al tener que trasladar ciertos documentos del cliente para ser presentados como prueba ante un tribunal, los transporta sin protección alguna que los resguarde y los preserve, a pesar de saber que las condiciones climáticas no serán favorables ese día, y en razón de este factor externo pero previsible, los documentos se destruyen. O simplemente sabiendo que tenía que llevar los documentos que, únicamente podían ser presentados en una instancia precisa del proceso, no lo hace, dejando que precluya la instancia.

Al respecto, MARÍA CRESPO MORA¹³⁸ nos trae como ejemplo sobre lo dicho una sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (España) de 16 de abril de 1993 en la que se estima negligente al abogado que extravió determinados documentos justificativos de una deuda o crédito que le habían sido entregados por el cliente, lo que no le permitió entablar la demanda; y siguiendo en la misma línea, también nos pone a consideración una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de octubre de 2000 en la que se considera negligente al letrado que, por descuido, perdió una letra de cambio. En ambas sentencias se estableció la responsabilidad civil del abogado.

Otra conducta vinculada directamente con la obligación objeto de este breve trabajo, es la consistente en la no restitución o devolución al cliente de toda la documentación obtenida y derivada del vínculo contractual, y que para ciertos autores, debe ser entregada una vez que esté por concluir la relación contractual abogado-cliente. Y es precisamente por tratarse de una obligación de dar, que varios autores como MARÍA

¹³⁸ M. CRESPO MORA: "La Responsabilidad Civil del Abogado en el Derecho Español: Perspectiva Jurisprudencial"; Revista de Derecho, Universidad del Norte, N°25, Barranquilla, julio 2006, disponible: <http://redalyc.uaemex.mx>, consultado: 07/03/2009, p. 257-285

CRESPO MORA y JAVIER MOREO ARIZA¹³⁹, consideran que, al contrario de otras obligaciones del abogado, esta debe ser estimada como una obligación de resultado.

Cabe preguntarnos ahora si la obligación de custodiar adecuadamente los documentos del cliente, puede ser considerada como una obligación de medios o, por el contrario, debe ser entendida como una obligación de resultado.

Al respecto estimamos, que si bien es cierto, el abogado en sus múltiples actividades puede asumir una obligación de resultado como sería el caso de la constitución de una compañía o la redacción de un contrato, esta situación no se podría aplicar analógicamente a la situación en la que el profesional del derecho actúa en un proceso judicial. Parece ser que esta situación le permite a varios doctrinarios, entre ellos IZQUIERDO TOLSADA, afirmar “*por ejemplo, [cuando] el abogado ejerce la defensa en juicio asume una obligación de medios, globalmente considerada. Pero determinadas prestaciones (acudir a las vistas, presentar escritos en plazo, etc.), deberán reputarse de resultado*”.¹⁴⁰

No participamos, de esta tesis que mira en los actos que componen la prestación total del letrado, como obligaciones de resultado mínimo; puesto que cada acto (en este caso la custodia de documentos) no puede ser considerada como una obligación independiente del todo, ya que los supuestos resultados esperados de estos actos, no son más que piezas estructurales que integran al proceso, segmentos de un gran engranaje, en el cual al fallar uno de ellos lo que se compromete no es la ejecución o tarea específica de ese elemento aislado, sino, su inejecución puede ser determinante para el incumplimiento de la prestación de medios.

¹³⁹ JAVIER MOREO, profundiza lo expuesto al decir que en todo caso, sí cabe relativizar la diferencia entre obligaciones de actividad y de resultado (y por ello, entre obligaciones procesales y extraprocesales) pues, como se sostiene con rigor, en cualquier obligación de actividad se dan también resultados parciales exigibles, y por ello varía el régimen concreto de responsabilidad, sobre todo en lo referido a la carga de la prueba. Tampoco se puede descartar, por ello, que en las actividades extraprocesales se diluciden cuestiones discutibles, pues la tarea del Letrado no es la aplicación mecánica de las leyes y, en tal caso, se dirá que en una obligación de resultado pueden concurrir obligaciones parciales de actividad. J. MOREO ARIZA, *ibíd.*, p.10-11

¹⁴⁰ M. IZQUIERDO TOLSADA: “Responsabilidad civil de abogados y procuradores. El quid, pero sobre todo el quantum”, ponencia del 4º Congreso Nacional de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, , noviembre 2004, disponible: www.asociacionabogadosrcs.org//antig/congreso/4congreso/ponencias/Ponencia%20de%20Mariano%20Yzquierdo.pdf, consultado: 07/03/2009, p. 25

Por otro lado, de ordinario, le importará al cliente no es el hecho de que el letrado haya perdido sus documentos o que este no los haya devuelto, sino que es en razón de este incumplimiento de custodia, que su pretensión se ve evidentemente afectada en el proceso, causándole un perjuicio. Así por ejemplo, si el cliente decide unilateralmente dar por terminado el contrato con su abogado en razón de posiciones discrepantes con el mismo, y este no devuelve toda la documentación para que pueda continuar el proceso con los servicios de otro letrado, ya sea porque los ha perdido o se han destruido, o simplemente porque no desea devolverlos, lo que está haciendo es incumplir con su obligación de medios, y principalmente afectando a ese deber de fidelidad y confianza que caracteriza a la relación abogado-cliente.

Ha si lo ha estimado el Tribunal Supremo de España en sentencia de 25 de marzo de 1998 al establecer que:

Incurso en el deber de fidelidad se hallan, en relación con el contrato con abogado, primero, el deber de información adecuada durante la vigencia de la relación contractual y también, con mayor fuerza, en el momento de la extinción y, segundo, el deber de adecuada custodia de todos los documentos, escritos, traslados y actuaciones que se derivan de la relación contractual y actuación profesional y, también con mayor intensidad, en el momento de la extinción, la entrega de toda aquella documentación al cliente. ***Acreditado un incumplimiento, si el daño es patente, no es preciso probar su existencia sino su cuantía*** (en autos o en ejecución) **y en el presente caso, en que la entidad demandante ha necesitado acudir a la tutela judicial para obtener unos informes que debería haber dado el Abogado desde el principio y obtener incluso la devolución de documentación que pertenecía a la demandante, es patente la producción de un daño, que se cuantificará en ejecución de sentencia. En cuanto a la devolución de expedientes: es clara la obligación de hacerlo por parte de quien -como el demandado- los retiene una vez extinguida la relación contractual de prestación de servicios y si bien la venia es una "regla de cortesía" como dice el primer párrafo del artículo 33.1 del aludido Estatuto, no es una norma que impida el cumplimiento de preceptos del Derecho civil, ni, mucho menos, que sirva como arma de coacción frente al cliente que, tras la extinción del contrato, precise y se reclame información y devolución de documentación.**¹⁴¹

Por tanto, la obligación de devolver los documentos al cliente, se encuentra inmersa en la obligación de custodiarlos, de conservarlos, (artículo 1565 del Código Civil, la obligación de conservar la cosa exige que se emplee en su custodia el debido cuidado¹⁴²), la cual no es más que una obligación de medios, por tanto si el cuerpo cierto (documentos) se pierde o se destruye haciendo imposible la restitución de los mismos, se incumple con la

¹⁴¹ Tribunal Supremo de Justicia (España), sentencia en el caso de la Compañía Mercantil CYOMAR, S.A., contra D. Salvador, sobre responsabilidad contractual abogado por incumplimiento del deber de fidelidad: información y devolución de la documentación, publicado ROJ 275/1998

¹⁴² Código Civil (Ecuador), artículo 1565.

obligación; el letrado será responsable civilmente si no logra probar que actuó diligentemente o que la inejecución se debe a caso fortuito o fuerza mayor.

Adicionalmente, si al incumplimiento de la obligación de custodia de documentos, añadimos la regulación del contrato de mandato, que de ser el caso, resulte aplicable en función de la facultad de representar, consideremos el artículo 2070 del Código Civil, que con respecto a este contrato dice, el mandante (en este caso el cliente) que revoca (obviamente refiriéndose al encargo) tendrá derecho para exigir del mandatario (abogado) la restitución de los instrumentos (en este caso documentos y demás información) que haya puesto en sus manos para la ejecución del mandato; pero de las piezas que pueden servir al mandatario para justificar sus actos (es decir sin perjuicio de que el abogado requiera copias para sí, para demostrar su diligencia), deberá darle copia firmada de su mano, o autenticada, si el mandatario lo exigiere.

Entonces, como podemos apreciar, la legislación ecuatoriana contempla que el letrado debe restituir al cliente todo lo que este le haya propinado para la ejecución del encargo; y entre todos esos instrumentos, obviamente se encuentran los documentos; en consecuencia no estaríamos solo frente a una norma de cortesía o ética como argumenta el tribunal español¹⁴³, sino frente a una verdadera obligación contractual.

En otras palabras, el abogado tiene la obligación de restituir a su cliente todos los documentos del proceso, es decir debe entregar varios cuerpos ciertos cuyo riesgo se encuentra a cargo del cliente por ser el acreedor; es decir debe cumplir con una obligación de dar, la misma que conlleva la obligación de conservar hasta la entrega, que como vimos, se debe verificar en el momento en que el cliente revoca el contrato o la relación contractual termina. Ahora bien esta obligación de conservar implica que el abogado emplee en la custodia de los documentos del cliente el debido cuidado. Pero como ya vimos, el debido cuidado que se le exige al letrado, es una diligencia celosa y esmerada superior a la del buen padre de familia.

Lo expuesto, demuestra que el contrato con el cual el operador jurídico presta sus servicios profesionales en un proceso judicial, de ordinario, contiene una obligación de medios, ya que, de no ser así el abogado debería responder aisladamente por cada uno de

¹⁴³ Ver cita 141

los actos que ejecuta durante el transcurso del proceso, incluso por aquellos que se escapan fuera de su esfera de actividad y control.

Gracias a una amplia mayoría de la doctrina, y a una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo de España¹⁴⁴, es indudable que la obligación del operador jurídico no puede ser otra que la de medios, la misma que implica, no evitaremos repetirlo, una diligencia celosa y esmerada, y lo suficientemente adecuada como para obtener una labor óptima del abogado (lo que en síntesis quiere decir que una diligencia media y normal del abogado no basta) de esto se desprende que, por tratarse de una obligación de medios, cuando el letrado incumple con la obligación de custodiar efectivamente los documentos del cliente ya sea porque los pierde o se destruyen y esto no le permite aportarlos al proceso o cumplir con el deber de restitución, se presume su “culpa” (ya que el dolo debe ser demostrado, según nuestra legislación civil). Por tanto, en aplicación del inciso tercero del artículo 1563 del Código Civil, le corresponde al letrado demostrar que actuó con la suficiente diligencia y cuidado en la custodia de los documentos.

¹⁴⁴ Tribunal Supremo (España), sentencia de 23 de marzo de 2007, en el caso de doña Diana, contra don Carlos Ramón, sobre arrendamiento de servicios: responsabilidad civil de abogado, publicado en ROJ 1613/2007: 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; 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. En el mismo sentido las sentencias de de 25 de marzo de 1998, en el caso de la Compañía Mercantil CYOMAR, S.A., contra D. Salvador, sobre responsabilidad contractual abogado por incumplimiento del deber de fidelidad: información y devolución de la documentación, publicado ROJ 275/1998; de 26 de febrero de 2007, en el caso de D^a María Rosa, contra D. José Pedro, sobre arrendamiento de servicios: responsabilidad abogado, publicado en ROJ 1187/2007; de 12 de diciembre de 2003, en el caso de don Clemente y doña Mariana y doña María del Pilar, contra don Armando, sobre daño moral y perjuicios derivados de culpa contractual de sus abogados, publicado en ROJ 8024/2003; de 18 de octubre de 2007, en el caso de Doña Marisol, contra Don Luis Pablo, sobre responsabilidad profesional del letrado, publicado en ROJ 6419/2007; entre muchas otras.

CAPÍTULO III

EL DAÑO DERIVADO DE LA ACTUACIÓN DEL ABOGADO Y SU REPARACIÓN

3.1. ¿A quién corresponde la carga de la prueba?

De manera general, la prueba en sentido amplio, tiene como objetivo demostrar la existencia de las obligaciones que no fueron ejecutadas por el letrado; inejecución que puede o no estar aparejado a una conducta culposa o dolosa. Que en el caso específico que nos ocupa, es el incumplimiento a la obligación de medios del abogado a través de la infracción a la adecuada custodia de documentos.

Como ya hemos dicho, independientemente de la modalidad contractual que regule la relación abogado-cliente, operará en ella la integración del contrato. Por tanto, sea aquella de arrendamiento de servicios inmateriales o de mandato, la inejecución de la obligación de adecuada custodia de documentos, es además, una infracción a los usos normativos que disciplinan la profesión del abogado tales como la buena fe, la lealtad o fidelidad, e incluso la costumbre que en nuestro sistema es reconocida legalmente.

El cliente-demandante, que pretenda responsabilizar civilmente a su abogado por el incumplimiento a su obligación de custodia de documentos y en general a su obligación de medios, deberá, según el artículo 1715 del Código Civil, probar la existencia de la obligación que alega; *“incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”*¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Código Civil (Ecuador), artículo 1715, op.cit.

La norma mencionada en el párrafo anterior, es reforzada por el artículo 113 de nuestro código adjetivo, que sobre la prueba expresa:

Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo.

El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa.

El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.¹⁴⁶

De los artículos citados, se desprende que el *onus probando* de la existencia de la obligación recae en hombros del cliente-demandante, mientras que, si el letrado-demandado pretende exonerarse de responsabilidad deberá probar la inexistencia de tales obligaciones o el hecho externo que le impidió cumplirlas.

Por otro lado, el abogado que interviene en un proceso judicial, como ya se ha dicho, está vinculado por una obligación de medios o diligencia, por tanto, según el inciso tercero del artículo 1563 del Código Civil, “*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito al que lo alega*”¹⁴⁷. Es decir, el abogado que pretenda exonerarse deberá probar que actuó con la diligencia que demanda su profesión o que el incumplimiento obligacional obedece a fuerza mayor o caso fortuito.

Tal exigencia, también se encuentra contemplada en el inciso tercero del artículo 2054 del código común, que al tratar el mandato expresa que “*compete al mandatario probar la fuerza mayor o caso fortuito que le imposibilite llevar a ejecución las órdenes del mandante*”¹⁴⁸. En otras palabras, el abogado que se encuentre sujeto a las reglas del mandato en virtud de la facultad de representación, deberá probar que el incumplimiento en el encargo dado por su cliente es consecuencia de los elementos externos antes mencionados.

Otra norma interesante que regula el contrato de mandato es el artículo 2062 del Código Civil, que al tratar sobre las obligaciones del mandante expresa que “*no podrá exonerarse de cumplir con sus obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito o que pudo desempeñarse a menos costo; salvo que le*

¹⁴⁶ Código de Procedimiento Civil (Ecuador), artículo 113.

¹⁴⁷ Código Civil (Ecuador), artículo 1563 inciso tercero.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, artículo 2054

pruebe culpa”. En esta hipótesis los roles de actor y demandado cambian, pues, ahora es el cliente el demandado por su abogado por no cumplir con sus obligaciones. Ante esta situación nos cuestionamos, ¿si el cliente cuando actúa como demandante deberá probar culpa del abogado en toda situación en que considere que este último no ha cumplido cabalmente sus obligaciones?; o por el contrario, ¿únicamente se refiere a que el cliente-demandado deberá probar la culpa del abogado exclusivamente para exonerarse del cumplimiento de sus obligaciones cuando alegue que el letrado no obtuvo éxito con la pretensión del cliente o que pudo desempeñarse a menor costo?

Sobre la culpa del mandatario, JAVIER TAMAYO expresa lo siguiente:

Es cierto que el artículo 2184 [refiriéndose al Código Civil Colombiano, que respecto a las obligaciones del mandante se expresa en idénticos términos al artículo 2062 del código ecuatoriano] no establece en forma literal y expresa una presunción de no culpa a favor del mandatario [abogado]. Sin embargo, por lógica jurídica, sobre todo de acuerdo con el principio según el cual lo que no está prohibido está permitido, se llega a la conclusión de que la presunción existe. Nosotros afirmamos que, (...) se exige al mandante probar culpa del mandatario si quiere exonerarse de sus obligaciones, por inferencia la no culpa del mandatario se presume. En efecto, es lo mismo decir que el mandante debe probar la culpa del mandatario porque así lo exige expresamente el artículo 2184, que decir que la presunción de no culpa del mandatario existe en virtud de la exigencia de la culpa probada a cargo del mandante establecida en la misma norma.¹⁴⁹

A la presunción de no culpa del mandatario (abogado) expuesta por TAMAYO, se pronuncia en oposición crítica SUESCÚN MELO, quien respecto a esta interpretación señala lo siguiente:

Tamayo J., en su argumentación incurre en dos errores de análisis [refiriéndose a que el cliente debe probar la culpa del abogado, tanto para exonerarse de pagarle sus honorarios, como también para perseguirlo judicialmente por defecto en sus obligaciones de medios]. Procesalmente actor y demandado, deben probar distintas cosas de acuerdo a sus pretensiones o excepciones, de manera que no pueda afirmarse que por tener la obligación de demostrar un determinado hecho como demandado deba también demostrarlo como demandante. Ni que la presunción en contra del demandado se mantenga contra la misma persona cuando esta obra como demandante.

Lo que el inciso final del artículo 2184 exige del mandante demandado [cliente] es que pruebe la “culpa”, vale decir, el incumplimiento de las obligaciones del mandatario [abogado], para liberarse del pago de honorarios. No es que el demandado [cliente], esté obligado a probar la culpa (incumplimiento) porque la ley presume que el demandante [abogado] cumplió bien sus obligaciones; sino que precisamente por no existir ninguna presunción que releve al demandado [cliente] de la carga probatoria de los elementos

¹⁴⁹ J. TAMAYO JARAMILLO, t. I, op.cit., p. 551-552

constitutivos de su defensa, es que este debe demostrar el incumplimiento [del letrado] y con él su culpa.¹⁵⁰

De lo anotado por TAMAYO, se desprende que, realmente existe una presunción de no culpa o presunción de diligencia a favor del mandatario abogado; posición que a pesar de no ser compartida por SUESCÚN, la acogemos. Pero esta idea sobre la culpa y la diligencia no responde a las interrogantes propuestas; a pesar de ello, nuestro segundo autor aterriza nuestras elucubraciones al afirmar que lo que se debe probar como demandado no significa que también se lo debe hacer como demandante.

En otras palabras, para SUESCÚN, la culpa que el cliente-mandante debe probar como demandado, no debe probarla si actúa como actor contra su abogado. Concordamos con el mencionado autor, puesto que, la presunción de no culpa o de diligencia a favor del abogado sólo se activa en la específica situación en la que el cliente, para exonerarse de sus obligaciones, alega fracaso en el encargo dado al letrado o que su desempeño pudo ser menos costoso. Es decir, se tratan de situaciones taxativas que no pueden dilatarse a todos los casos en los que el cliente demande por incumplimiento de su abogado.

Al contrario, para un sector de la doctrina española,¹⁵¹ cuando se intenta responsabilizar civilmente al operador jurídico por su ejercicio profesional en un proceso judicial, por tratarse de una obligación de medios, la negligencia del letrado debe ser probada por el cliente.¹⁵²

¹⁵⁰ SUESCÓN MELO, *Responsabilidad Civil*, Legis, Bogotá, 2000, p. 541 y ss.; ob.cit., J. TAMAYO, p. 550-551

¹⁵¹ En esta doctrina se encuentran JUAN BORAGINA, JORGE MEZA, YZQUIERDO TOLSADA, ESTHER MONTERROSO, FERNANDO REGLERO, RICARDO YÁGUEZ, JAVIER MOREO, MARÍA CRESPO MORA, entre otros.

¹⁵² Tribunal Supremo de Justicia (España), sentencia de 21 de junio de 2007, en el caso de Don Esteban contra Doña Natalia y la aseguradora "AIG EUROPE S.A.", sobre responsabilidad profesional de letrado, ROJ 4480/2007: Al respecto, es doctrina consolidada que la acción para exigir responsabilidad al abogado se construye en torno a los tradicionales elementos que caracterizan la responsabilidad subjetiva, daño, culpa y nexo causal, lo que hace necesario conocer las obligaciones propias del letrado cuyo incumplimiento negligente puede dar lugar a tal reclamación de responsabilidad, **recayendo por supuesto en el cliente demandante la carga de probar, tanto la existencia de un daño indemnizable (que, como se dijo, puede consistir en la frustración de pretensión rescisoria, como aquí acontece), como la falta de diligencia del letrado y, finalmente, el vínculo causal entre aquel menoscabo y el comportamiento negligente, contrario a los deberes profesionales (...) exige que tales aspectos se acrediten por el demandante con relación a la actuación del letrado al que se exige la meritada responsabilidad**, señalándose que «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* "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). En igual sentido las sentencias de 23 de marzo de 2007, en el caso de

A pesar de que la doctrina y la jurisprudencia dominante en el sistema español, pone el peso de la prueba de la culpa sobre los hombros del cliente demandante, en nuestro caso, tratándose de la responsabilidad contractual, y en aplicación directa del citado artículo 1715 del código común, esta carga recae sobre el profesional del derecho, que siendo demandado, alega la inexistencia de la obligación por haber actuado con la debida diligencia acorde a su *lex artis*.

Consideramos que, la carga probatoria no debe estar necesariamente sobre el actor o el demandado, sino que, cuando sea posible, se debería aplicar la doctrina de las cargas probatorias dinámicas; lo cual significa que la carga de la prueba o *onus probandi*, debe recaer en la parte que se encuentre en una mejor posición de demostrar los hechos fácticos en una situación dada.

No obstante, JUAN BORAGINA y JORGE MEZA nos advierten que esta teoría “*no puede aplicarse con carácter general e indiscriminado, dado que es residual, cuando quepa y que, de consuno, sólo funcionará cuando la aplicación mecánica o rígida de la ley conduzca a resultados disvaliosos o inicuos, debiendo, en definitiva, utilizarse in extremis*”.¹⁵³

Resulta interesante aplicar la doctrina dada al caso en estudio, a pesar de que por regla general, no será necesario recurrir a ella; y cuando se la aplique generalmente debería ser en beneficio del cliente, puesto que, será el letrado quien de ordinario se encuentre en mejores condiciones de aportar elementos probatorios.

Si de hecho, el cliente demuestra la existencia de la obligación, y además el dolo del letrado, este deberá responder no solo por los perjuicios que se previeron o debían preverse al tiempo del contrato; sino además de todos los perjuicios imprevistos que resultaron de la consecuencia directa de no haberse cumplido la obligación (claro salvo que

doña Diana, contra don Carlos Ramón, sobre arrendamiento de servicios: responsabilidad civil de abogado, publicado en ROJ 1613/2007; de 7 febrero 2000, en el caso de O.C. contra Dunaoasis Palace, SA., sobre responsabilidad del letrado, publicado en RJ 283/2000. Véase también las sentencias de 3 octubre 1998, publicado RJ 8587/1998; de 23 diciembre 1992, publicado RJ 10715/1992; de 27 febrero 2006, publicado RJ 1564/2006.

¹⁵³ J. BORAGINA Y J. MEZA, op.cit., p. 142

se trate de la pérdida de oportunidad donde a pesar de demostrarse el dolo, no se podría precisar la cuantificación real del daño).¹⁵⁴

Pruebas que de ordinario debe dirigirse a los hechos reales que le permitirán al juzgador deducir si hubo dolo o no en base a una noción objetiva, que deje de lado cualquier factor intrínseco; mediante un enfoque sobre la existencia o no de infracciones a una obligación de conducta del letrado deudor.

3.2. El daño, presupuesto básico de la responsabilidad civil del abogado

Al hablar sobre el daño, podemos decir, que este es el punto de partida u origen donde se inicia la responsabilidad civil, ya que si no existe daño no se puede hablar de esta responsabilidad. Pues su objetivo es enmendar o subsanar ese perjuicio. Es por eso que su campo de acción es el de la llamada *justicia correctiva*, pues su función es devolver el equilibrio a una realidad distorsionada por el daño.

JAVIER TAMAYO lo define en los siguientes términos “*daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma [lícita o] ilícita es causado por alguien diferente de la víctima*”.¹⁵⁵ Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, el 28 de febrero de 2001 ha fallado que “*daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone la destrucción o disminución, por insignificantes que sean, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo*”.¹⁵⁶

Así pues, en el caso que nos ocupa, daño sería toda lesión ocasionada por el abogado al patrimonio del cliente, sea por vulneración de un derecho subjetivo o de interés legítimo. Lo indispensable es que esa conducta del letrado cause un perjuicio en los bienes o molestia en la persona misma del cliente o de los beneficios adquiridos por él.

¹⁵⁴ Ver artículo 1574 del Código Civil

¹⁵⁵ J. TAMAYO JARAMILLO, t. II, op.cit., p. 326

¹⁵⁶ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) sentencia en el caso de Sandra Ximena Sotalín Carvajal, contra Wilson Hernán Mantilla Ruiz, publicada en la G.J, Año CII, Serie XVII, No. 5, p.1239. En el mismo sentido la Sentencia Corte Suprema de tercera instancia de 05 de mayo de 1988, publicada en la G.J, Año LXXXVIII, Serie XV. No. 2, p. 397

Entonces, si el daño es el elemento explícito de la responsabilidad civil del profesional del derecho, debemos advertir cuál es del alcance del mismo. Por un lado, tenemos la tesis denominada como resarcitoria, la cual estima que el operador jurídico está obligado a satisfacer al cliente-demandante el monto total de la pretensión frustrada en la actuación judicial; y por otro lado, la denominada tesis reparadora, la cual no acepta que el monto final del daño pueda equipararse con el de la pretensión fracasada, pues se debe realizar una evaluación sobre las reales probabilidades de éxito que tenía la pretensión si el abogado hubiera actuado diligentemente.

Características del daño

Las características se refieren a aquellas propiedades exclusivas del daño, sin las cuales este perjuicio no podría ser civilmente indemnizable. Pues, no resulta suficiente la existencia de un detrimento patrimonial o extrapatrimonial en la persona del cliente para que este pueda demandar su reparación inmediata al abogado¹⁵⁷; ya que además debe ser cierto y directo, tanto en su realidad como en su vínculo causal y personal.

a) El daño debe ser cierto.- Esta característica hace referencia al principio de efectividad del daño, es decir a su certidumbre presente o futura. Bajo esta premisa, el daño indemnizable ocasionado por el abogado a su cliente debe ser cierto, material o real.

El daño como tal, no necesariamente debe ser actual, pero el hecho que lo genera si, para producir esa alteración negativa en la realidad patrimonial o extrapatrimonial del cliente. La certeza no solamente debe estar presente en el hecho, sino también, en la existencia del nexo causal que lo vincula al daño; es decir, el hecho cierto y actual del

¹⁵⁷ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) sentencia de 29 de octubre del 2002, Resolución No. 229-2002, en el caso de los personeros del Comité Pro Mejoras "Delfina Torres Vda. De Concha de Esmeraldas en contra de Petroecuador y sus filiales: "El daño como fenómeno fáctico es distinto del daño jurídico. Este solo se da cuando se cumplen determinadas características indispensables, que deben concurrir en detrimento o menoscabo del damnificado. El daño es jurídico y, como tal, será reparable cuando sea cierto. La certeza de su existencia es un presupuesto indispensable, pues el daño a los efectos de la responsabilidad es aquel cuya existencia se ha probado acabadamente. Los que son hipotéticos o eventuales no son resarcibles. En materia de daños es insuficiente alegar un perjuicio en abstracto o una mera posibilidad; es necesaria la prueba del perjuicio real y efectivamente sufrido; los daños que no se han demostrado procesalmente, con elementos de convicción que exteriorizan un efectivo perjuicio, no existen jurídicamente. El daño puede ser presente o futuro el primero es el que ya ha acaecido, el que se ha consumado. El futuro es el que todavía no se ha producido, pero aparece ya como la previsible prolongación o agravación de un daño actual, según las circunstancias del caso y las experiencias de la vida. El daño futuro solo se configura en la medida en la que aparece como consecuencia por lo menos probable, del hecho antecedente. Se sabe con objetividad que ocurrirá dentro del curso natural y ordinario de las cosas." En idénticos términos la sentencia de 19 de marzo de 2003, publicada en la G.J, Año CIV, Serie XVII, No. 12, p. 3730.

incumplimiento obligacional por parte del operador jurídico debe estar directamente relacionada con el daño presente o futuro ocasionado al cliente.

Con respecto al daño futuro, podemos decir que se trata de aquel fenómeno negativo que aún no se produce, pero que definitivamente se espera que ocurra; y del cual solo se pueden inferir probabilidades cercanas a la certeza o estancarse en la zona gris de la incertidumbre. Y es debido a su aleatoriedad, que resulta complejo demostrar que un daño futuro puede llegar a ser cierto y no meramente eventual; es decir, la única manera de lograr que este daño sea indemnizable, es estableciendo una certidumbre tal que logre la convicción del juez, él cual en últimas determinará en base a la sana lógica y a la experiencia la real probabilidad de existencia del daño futuro.

Si el hecho dañoso futuro, tiene una certeza altamente probable de ocurrencia, no resulta preciso que este se materialice para poder pretender una indemnización anticipada, ya que se trata, en teoría, de un hecho cierto; puesto que ningún detrimento futuro puede tener certeza absoluta, la ciencia jurídica demanda únicamente un grado razonable de certidumbre que haga presumir que el acontecimiento dañoso causado por el abogado resulte inevitable.

Es justamente sobre el punto de la certeza absoluta, donde el daño presente no tiene problemas, pues basta con que el cliente demandante alegue que ha sufrido una pérdida en razón de los servicios de su abogado (daño emergente) y que dejó de percibir un beneficio o evitarse un mal, al fracasar su pretensión a causa del incumplimiento del letrado (lucro cesante); pero por otro lado, al estar envuelto el daño futuro en un área mayor o menor de eventualidad, la dificultad se anida con mayor énfasis en el lucro cesante, ya que la pérdida de oportunidad del cliente solo puede ser determinada en base a cálculos de las posibilidades de éxito que hubiera tenido de no haber mediado incumplimiento del abogado.

En otros términos, la certidumbre no es más que la “certeza” del daño ante “los ojos del juez, [pues] aparece con evidencia que la acción lesiva [del abogado] ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral [en su cliente]”¹⁵⁸; por otro lado, “el perjuicio es hipotético, y en consecuencia no hay lugar a reparación, cuando el [cliente]

¹⁵⁸ J. TAMAYO JARAMILLO, t. II, op.cit., p. 339

solo tenía una posibilidad remota de obtener un beneficio en caso de que no se hubiera producido la acción dañina”.¹⁵⁹

b) El daño debe ser personal.- Esta característica, se basa en el principio de la titularidad de la pretensión, lo que quiere decir que solo el cliente puede demandar la indemnización del perjuicio sufrido. La acción solo se encuentra en manos del cliente, por ser de cierta manera el dueño de la pretensión de reparación, por haber caído en su persona el daño.

Cabe aclarar, que la transmisibilidad del daño y el daño reflejo no constituyen excepciones a esta característica; puesto que, en el primer caso, lo que se transmite a los herederos es la acción que ejercía el causahabiente (cliente), la misma que al ingresar en el patrimonio de los mismos, se convierte en un derecho propio. Por otro lado tenemos al daño reflejo, el que no es más que la acción que se origina en el derecho personal de un tercero, que se ve afectado por los daños sufridos por la víctima, ya sean corporales o su muerte misma.

c) El daño debe ser consecuencia o condición necesaria del hecho del abogado.- Esta característica, se refiere a la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual manifiesta, para que el nexo causal sea completamente acreditado, debe demostrarse que el incumplimiento por el que debe responder el letrado es una condición necesaria del daño. En otras palabras, el incumplimiento del abogado es condición necesaria del daño producido al cliente, cuando de no haber existido tal infracción el daño tampoco hubiese ocurrido. Esta misma operación mental debe ser aplicada tanto a acciones como a omisiones.

En síntesis, el objetivo de tal teoría es poner de manifiesto esa causalidad necesaria que debe existir entre dos fenómenos separados temporalmente, pero concatenados por una serie ininterrumpida de acontecimientos. La consecuencia dañosa del incumplimiento no debe basarse únicamente en la supresión hipotética del incumplimiento para establecerse si el daño de todas maneras se hubiera producido o no, sino que deben ir acompañadas de un juicio de valor empírico para saber si se puede o no atribuir objetivamente el daño de ese comportamiento al profesional del derecho.

¹⁵⁹ MARTY Y RAYNAUND, op.cit., p. 376; ZANNONI, op.cit., p. 19; MAZEAUD-TUNC, op.cit., t. I, p. 219; op.cit., J. TAMAYO JARAMILLO, t. II, op.cit., p. 340

¿Cuál es el tipo de daño por el que debe responder el abogado?

El tipo de daño por el que debe responder el abogado es uno de los debates que mayor polémica ha suscitado en el sistema jurídico español al momento de determinarlo a su ejercicio profesional. Esta discusión se desata con ocasión de las numerosas y variadas sentencias en las que, el Tribunal Supremo de Justicia de España ha reconocido tanto daño moral en unas, y material en otras, al respecto trataremos muy brevemente esta acalorada disputa, pero no sin antes establecer las definiciones y diferencias de estos dos tipos de daño.

Entonces, al hablar de daño patrimonial nos referimos a aquellos hechos que afectan directamente a bienes dotados de un valor pecuniario y que por ende se encuentran en el mercado; este se puede dividir en cualquier gasto o pérdida patrimonial que haya sobrellevado el cliente-demandante (daño emergente) y por la pérdida de un beneficio que incremente su patrimonio (lucro cesante).

Por otro lado el daño moral, es una concepción que atañe a la lesión de bienes o intereses legítimos intangibles tales como el honor, la libertad, la privacidad, el buen nombre, la honra, los afectos, la alegría de vivir, entre muchos otros, y de manera indirecta a la integridad personal como los dolores físicos o la angustia psicológica; e incluso a la “pérdida de oportunidades que podrían conllevar a un mejor nivel de vida”. En otros términos, abarca a todo aquello que no posea una connotación patrimonial, pero que sin embargo cualquier lesión a estos bienes constituye un perjuicio que debe ser reparado.

Acorde con esta noción amplia y general de daño moral, toda perturbación que sufra el cliente a consecuencia de la conducta del abogado, daría lugar a responsabilidad civil, a condición de que el perjuicio sufrido sea suficientemente grave, es decir significativo, y que sea ilegítimo o injusto.

La condición de que el daño moral sea significativo o grave se encuentra en el primero y tercer inciso del artículo 2232 del código común, el mismo que expresa:

En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.¹⁶⁰

La clave esencial que difiere al daño moral del daño patrimonial, es que este último puede ser valorado dinerariamente en razón a estimaciones económicas que brindarían un balance adecuado entre el perjuicio efectivamente sufrido por el cliente y la indemnización del mismo. Lo que se busca es reparar su situación negativa a través de la generación de una circunstancia muy similar a la que se encontraba el cliente antes de la perpetración del hecho dañoso; por otro lado, el daño moral, en razón de los bienes en juego, es invaluable económicamente, puesto que resultaría ilegítimo ponerle precio a la vida o al honor de un ser humano, en este campo el resarcimiento tiene un fin compensatorio y hasta simbólico por el mal sufrido. Ya que “*es preferible una indemnización basada prudencialmente en criterios imprecisos de valoración, que dejar los daños no patrimoniales sin reparación*”.¹⁶¹

Al respecto la jurisprudencia¹⁶² sentada por la Corte Suprema de Justicia, contempla la misma concepción de daño material, tanto emergente como lucro cesante; de

¹⁶⁰ Código Civil (Ecuador), artículo 2232 primero y tercer inciso

¹⁶¹ E. BARROS BOURIE, op.cit., p. 233

¹⁶² Corte Suprema de Justicia (Ecuador), sentencia de 28 de febrero de 2001 en el caso de Sandra Sotalín, contra Wilson Mantilla por una nota de prensa publicada en el diario El Comercio, publicada en la G.J, Año CII, Serie XVII, No. 5, p.1239: En otro sentido, daño moral es el que afecta los atributos o facultades morales espirituales de la persona. En general, es el sufrimiento que experimenta una persona por una herida, la muerte de una persona querida, una ofensa a su dignidad u honor, la destrucción de una cosa de afección, etc. es el dolor, pesar, angustia y molestias psíquicas que sufre una persona en sus sentimientos a consecuencia del hecho ilícito; un hecho externo que afecta la integridad física o moral del individuo. ***El daño moral puede presentarse de distintas formas: unido a un daño material, o como único daño, como un daño puro.*** O más típicamente aún, el daño moral que produce consecuencias pecuniarias, como el descrédito que se hace de una persona y la perjudica en sus negocios. En síntesis, el daño moral es la molestia, perturbación, dolor, sufrimiento, menoscabo, en suma, la acción u omisión que pueda estimarse ilegítima y lesiva a las facultades espirituales, a los afectos o a las condiciones específicas que detenta una persona, que ***en forma de reparación se determina por una indemnización pecuniaria o económica, sin perjuicio de otro tipo de satisfacciones como publicaciones y desagravios públicos, pero cuyo monto en nuestra legislación sólo comprende el daño emergente.*** En consecuencia, puede originarse por delitos, que se liquida como juicio incidental ante el propio juez penal, o no por delitos, que se liquida en proceso civil. En similares términos las sentencias de 6 de julio de 2000, (sobre indemnización de daños y perjuicios por daño moral) publicada en la G.J, Año CI, Serie XVII, No. 3, p. 609; de 23 de mayo de 2002, publicada en la G.J, Año CIII, Serie XVII, No. 9, p. 2718; de 21 de junio de 2007, publicada en la G.J, Año CVIII, Serie XVIII, No. 5, p. 1802. Resulta interesante destacar que en todas estas sentencias se admite de manera general, que el daño moral puede ocasionar indirectamente un lesión al patrimonio (diría directamente desde mi percepción), verbigracia, el caso del comerciante que por una difamación se ve afectado en su honor y a causa de ello su comercio disminuye considerablemente, está parece no ser una postura compartida por un fallo de la Corte Suprema cuando fungía como tribunal de tercera instancia de 5 de mayo de 1988, publicada en la G.J, Año LXXXVIII, Serie XV, No. 2, p. 397; a pesar de ello cabe rescatar que en la mencionada sentencia la

igual manera en lo referente a daño moral mantiene que de un mismo hecho único pueden desprenderse los dos tipos de daño (refiriéndose exclusivamente a la responsabilidad extracontractual), nos aclara además que no se requiere de prueba específica del daño moral, ya que la afección de los sentimientos al estar en el fuero interno de las personas, su presencia y amplitud no son pues, susceptibles de demostración objetiva.

Ahora bien, ¿Es factible que tanto el daño moral como el patrimonial concurren a consecuencia del incumplimiento de la obligación de medios del abogado que interviene en un proceso judicial? Según nuestra jurisprudencia la respuesta sería negativa, porque sería desbordar el margen legal del ámbito contractual. TAMAYO¹⁶³ se pronuncia al contrario y nos propone el siguiente ejemplo, un acreedor contractual (cliente-demandante) sufre angustia y dolor por que el abogado que había contratado no actuó diligentemente, lo que ocasionó que su pretensión se vea frustrada, o por lo menos perdió la oportunidad de

indemnización que “repare” (no que compense) el daño moral, se la denomina *pretium doloris*, es decir para nuestra jurisprudencia la indemnización esencialmente debe tener el componente dinerario. **Cabe recoger lo expuesto en la sentencia de 29 de octubre de 2002, que en su resolución No. 229-2002 resume lo siguiente: Comúnmente, al daño se le clasifica en material y moral, cada uno de los cuales goza de identidad propia y autonomía. Igualmente, no resultan excluyentes entre sí en el marco de un único evento dañoso; muy por el contrario, en la mayoría de las veces se presentan ambos. El daño material existirá siempre que se cause a otro un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades.** Es aquel que se ocasiona al patrimonio material de la víctima, como conjunto de valores económicos. El daño material, con menoscabo del patrimonio material en sí mismo, puede dividirse en daño emergente y lucro cesante. El primero es la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, con un empobrecimiento del patrimonio, que es el perjuicio efectivamente sufrido. El segundo implica la frustración de ventajas económicas esperadas, o sea, la pérdida de ganancias de las cuales se ha privado al damnificado. El daño moral es todo sufrimiento o dolor que se padece independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial material. Se traduce en la lesión a las afecciones íntimas del damnificado. Daño moral es el que lesiona el patrimonio moral del damnificado, patrimonio que es el conjunto de aquellas características o condiciones que dan forma a la personalidad, todos los activos intelectuales y espirituales de las cuales se ha ido nutriendo la persona en el transcurso de los años. Hay una vertiente doctrinaria que caracteriza al daño moral o extrapatrimonial partiendo de una definición por exclusión; es decir, el que no puede ser comprendido en el daño patrimonial es el daño moral según la doctrina, acogida por esta Sala, el daño moral no requiere de una prueba específica, porque la afección de los sentimientos se guarda en la intimidad del ser humano. Su existencia y extensión no son pues, susceptibles de demostración objetiva; por eso, el actor damnificado debe concretarse a demostrar las circunstancias conocidas que rodearon al hecho ilícito, de las cuales el juzgador pueda inducir la existencia de los sufrimientos psíquicos nocivos como angustia, ansiedad, perturbaciones, incertidumbres, etc. que pudo haber sufrido el damnificado. Es decir, el juzgador realiza un juicio lógico en virtud del cual se considera ciertas o probables tales afecciones sentimentales, con fundamento en las máximas generales de la experiencia que le indican como es el modo en que se suceden las cosas y los hechos. Naturalmente, en esta labor el juzgador debe tomar en cuenta las circunstancias particulares de cada caso concreto, con aplicación estricta de los principios de prudencia y cautela, y sin perder de vista de que de acuerdo con el artículo innumerado a continuación del artículo 2258 del Código Civil, puede calificar como daño moral solo aquel que tiene por causa próxima hechos realmente graves. Caso contrario, se abriría la puerta a que se inunden los órganos judiciales de demandas por indemnizaciones de daño moral que tengan por antecedente hechos, jurídicamente intrascendentes; cuando más que en la práctica judicial se advierte una tendencia creciente a tratar de convertir la reparación por daño moral en una fuente indebida de lucro o en un filón de enriquecimiento.

¹⁶³ J. TAMAYO, t. II, op.cit., p. 496-498

ganar; dadas las cosas de esta manera, la indemnización del perjuicio moral sufrido es plenamente válida.

En posición similar se pronuncia BARROS, con ciertas reservas, al expresar que:

Conviene tener presente que buena parte de los daños morales que se siguen de un incumplimiento contractual provienen de deberes que no han sido negociados expresamente y que son atribuidos a las partes como elementos de la naturaleza del contrato. En otras palabras, usualmente el daño es el resultado de la inobservancia de deberes contractuales de cuidado que se dan por establecidos implícitamente por el derecho, de una manera que en poco se diferencia de la determinación judicial de la culpa extracontractual.¹⁶⁴

Al parecer, para el citado autor, el daño moral que es consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que provienen de la naturaleza del contrato, pertenecen al ámbito extracontractual. No compartimos tal postura, pues como ya hemos dicho en reiteradas ocasiones, los deberes éticos y morales contenidos no solo en los códigos de ética o deontológicos, sino también en normas legales como lo son Código Orgánico de la Función Judicial y el Código Civil, son verdaderas normas de derecho que complementan al ordenamiento jurídico; y por ende, integran el contenido natural del contrato del abogado.

Cabe preguntarnos ahora, en la relación abogado-cliente, ¿Cuál sería la afectación moral que sufriría el cliente por la inejecución de la obligación de medios de su letrado?; ¿Acaso será una aflicción agobiante por el fracaso de su pretensión que le quite la alegría de vivir? Creemos, que la acumulación del daño moral en la responsabilidad contractual, resulta completamente extensiva y excesiva, pues se desprende, que el único daño que se puede dar en este tipo de actuaciones es material. De igual manera lo señala el artículo 1572 del Código Civil al establecer “*la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, exceptuándose las indemnizaciones por daño moral*”; y así lo ha entendido nuestra jurisprudencia.

Parece ser que el problema de la concurrencia del daño moral con el material en el ámbito contractual se desprende de la interpretación que se dé al artículo 1572, pues para algunos la palabra *exceptuándose*, implica una especie de límite o prohibición a la comunión de estos tipos de daños; para otros, en cambio, se refiere a que la indemnización

¹⁶⁴ E. BARROS BOURIE, op.cit., p. 336

de perjuicios únicamente no comprende o no implica a la indemnización de daño moral, pero no la prohíbe.

Aclarado lo anterior, corresponde ahora analizar la afirmación propuesta en el primer párrafo de este subtítulo sobre la “confusión” de estos dos tipos de daños en la jurisprudencia española al establecer la responsabilidad civil del abogado.

El problema en numerosas sentencias del Tribunal Supremo español es como se relaciona el daño moral con la teoría de la pérdida de oportunidad¹⁶⁵; la cual consiste en la frustración de la pretensión del cliente en juicio, en cualquier fase y a cualquier momento del proceso, sin que exista la posibilidad de subsanar a posterior tales errores.

¹⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia (España) sentencia de 22 de octubre de 2008, en el caso de D. Pablo, contra el Procurador D. Antonio Gómez de la Serna Adrada en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la URBANIZACIÓN000, sobre responsabilidad civil abogado, publicado en ROJ 5706/2008; señala: Es menester, en suma, que exista una relación de certeza objetiva entre el incumplimiento de su obligación por parte del profesional jurídico y la inadmisión o desestimación de las pretensiones formuladas en defensa de su cliente, como ocurre de forma señalada, entre otros, en los supuestos de falta de presentación de escritos en los plazos establecidos o de omisión de trámites exigidos por la ley como carga para hacer valer las respectivas pretensiones o --cuando se trata de solicitar el abono de una indemnización por daños y perjuicios-- la omisión de algún concepto indemnizable con arreglo a la jurisprudencia consolidada de los tribunales, como es el caso *del daño moral o del lucro cesante*. Este criterio comporta la inexistencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defensa del abogado se ha desempeñado por cauces incompatibles con la aplicación indiscutible de la ley, con la jurisprudencia consolidada o con la práctica reiterada de los tribunales --que deben ser conocidas por los profesionales del Derecho-- o con el respeto a los mandatos de la ley cuya interpretación no ofrezca dudas razonables según las pautas que puedan deducirse de la doctrina y de la jurisprudencia. En el mismo sentido las sentencias de 23 de marzo de 2007, sobre arrendamiento de servicios: responsabilidad civil de abogado, publicado en ROJ 1613/2007; de 12 de diciembre de 2003, sobre daño moral y perjuicios derivados de culpa contractual de sus abogados, publicado en ROJ 8024/2003; de 18 de octubre de 2007, responsabilidad profesional del letrado, publicado en ROJ 6419/2007; de 14 de diciembre de 2005, publicado ROJ 1225/2006; de 14 de 07 de 2005, publicado ROJ 6532/2005; de 26 de enero de 1999, publicado ROJ 3171/2006; de 28 de enero de 1998, publicado ROJ 3571998; entre muchísimas otras. Cabe mencionar, que existen sentencias que diferencian perfectamente estos dos tipos de daños, y consideran como daño material al ocasionado por el letrado, a continuación la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2009, en el caso de RENFE, contra Don Iván, sobre reclamación de daños y perjuicios causados por negligencia de procurador. Cuantificación de la indemnización, publicado en ROJ 2680/2009, que señala: Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, 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. No puede, en este 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. En el mismo sentido las sentencias de 3 de septiembre de 1998, publicado ROJ 8587/; de 30 de octubre de 2005, publicado ED 207174/2005; de 20 de mayo de 1996, publicado ROJ 3091/1992; de 28 de febrero de 2008, publicado ROJ 110/2002; de 3 de julio de 2008, publicado ROJ 98/2002, de 23 de octubre de 2008, publicado ROJ 1687/03; entre otras.

El daño moral se ha constituido como la opción más facilista para dar solución a la gran variedad de problemas que se originan en torno a la responsabilidad profesional del letrado, ya que, desplaza la difícil tarea de la prueba sobre la probabilidad de éxito que hubiera tenido la pretensión del cliente demandante si está hubiese sido correctamente llevada en el proceso. Lo que se hace es dar un carácter moral a cuestiones con un evidente contenido económico.

La indemnización correspondiente por el incumplimiento de las obligaciones del operador jurídico, debe mantener una relación directa y estrecha con el importe pretendido en la pretensión fallida del cliente. Aquello conlleva a que el juzgador emita un juicio de valor sobre la viabilidad o probabilidad de triunfo de la pretensión; así también, el análisis de la pérdida de oportunidad o la probabilidad de éxito de la pretensión en la oportunidad perdida.

Varios son los argumentos esgrimidos para justificar la utilización del daño moral, entre los cuales se destaca lo azaroso y difícil que es recrear teóricamente en el imaginario de los jueces las circunstancias fácticas que hubieran permitido prosperar o no la pretensión; así por ejemplo, cual habría sido el destino de la pretensión del cliente en el proceso si el abogado no hubiera extraviado documentos que la respaldaban. Por otro lado, se excusan en que toda pretensión no es más que una mera expectativa de adquirir un beneficio o de evitar un perjuicio, y que por ende toda oportunidad o pérdida no pueden resultar adecuadamente valoradas, porque un fallo positivo o negativo no es más que la decisión soberana del juzgador.

Argumentos inválidos para no valorar el verdadero problema, pues dejan la situación del cliente en el campo de las suposiciones y las conjeturas, sin dar una solución real al daño sufrido. Pues, resulta excesivo considerar que todo incumplimiento del contrato del letrado sea considerado exclusivamente como un daño moral. JAVIER MOREO expresa al respecto:

Si éste [daño moral] queda configurado por los supuestos de sufrimientos morales, perjuicio estético, perjuicio para la vida de relación de la víctima, esto es, supuestos en que quedan afectados derechos subjetivos de la personalidad, difícilmente podrá presumirse, sin recurrir a interpretaciones extensivas del concepto de daño moral, pues éste no debe incluir las lesiones que inciden propiamente sobre bienes económicos.¹⁶⁶

¹⁶⁶ J. MOREO, op.cit., p. 16

La consecuencia de pretender atribuir daño moral al profesional del derecho cuando este incumple con sus obligaciones contractuales, es dar una valoración incierta y arbitraria a la pretensión frustrada del cliente, negándole una reparación íntegra (cuando quepa) de los intereses lesionados sobre la afectación pura a su patrimonio; puesto que no se llega a determinar la auténtica secuela del incumplimiento sobre el resultado final del litigio.

El mismo MOREO también niega la posibilidad de calificar como daño moral a todo incumplimiento contractual al expresar que:

Según mi criterio, el único daño que puede entenderse concurrente en este tipo de reclamaciones es el material y debe valorarse según la probabilidad de éxito, en el caso concreto, de la pretensión omitida o mal planteada, lo que requerirá replantear de nuevo con la mayor fidelidad posible la controversia y someterla a la valoración judicial considerando todas las circunstancias relevantes. La opción generalizada por el daño moral debe rechazarse porque propicia un elevado margen de arbitrariedad: son mayoría las sentencias que fijan cantidades indemnizatorias sin ningún criterio objetivo, remitiéndose a la equidad general, a la equidad judicial en particular, a las circunstancias del caso (que, con frecuencia, ni se examinan) cuando no a la valoración libre o las facultades moderadoras del artículo 1103 del Código Civil [español].¹⁶⁷

Este criterio es muy válido incluso para situaciones en las que el contrato del abogado tenga como finalidad la defensa de intereses extrapatrimoniales del cliente; por ejemplo, casos en los que la diligencia del abogado va dirigida a limpiar el honor de su cliente. Consideramos que aún en estos casos, los intereses afectados por la falta de diligencia del abogado, no pueden ser calificados como un daño moral, pues, en el fondo, se debe determinar numéricamente el valor de ese daño moral (postura de la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema), por lo que indiscutiblemente lo que se está resarcido es un daño patrimonial en cabeza del cliente a causa de la conducta de su abogado.

Incluso, dando un paso más adelante, supongamos que la pretensión frustrada del cliente no pretendía obtener una ganancia económica, sino simplemente que su honor sea limpiado a través de una retractación pública; aún en ese caso extremo, el letrado negligente que ocasionó el fracaso de esa pretensión, no puede ser demandado por daño moral. Pues, de por medio no solo existe un componente económico basado en el daño emergente que le provocó tal difamación a su cliente, como son los gastos del proceso y

¹⁶⁷ J. MOREO, *op.cit.*, p.17. Comparten la misma opinión MARÍA DEL CARMEN CRESPO MORA; FERNANDO REGLERO CAMPOS; RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ, entre otros.

los honorarios del abogado; sino además, los perjuicios económicos que el desprestigio provoco a su cliente, por ejemplo al empresario o al comerciante que necesita de su buen nombre e imagen para el éxito de sus negocios, de hecho, habría lugar a lucro cesante.

Debido a las consideraciones expuestas, y a nuestro propio sistema jurídico, nos permiten negar que el abogado deba responder por daño moral por la inejecución de sus obligaciones, y concordamos parcialmente con cierta jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo de España, en un fallo de 26 de febrero de 2007, que al tratar sobre la pérdida de oportunidad procesal dice:

Esta Sala, no sin ciertas vacilaciones, tiene declarado que, *cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial*, 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 tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico*, cosa que implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades).¹⁶⁸

El Tribunal considera que habrá lugar a daño patrimonial, sólo si la pretensión frustrada del cliente pretende una ventaja económica; como ya lo anotamos líneas arriba, no consideramos que este sea un argumento sólido, puesto que en última instancia hasta una pretensión fundada exclusivamente en un bien extrapatrimonial, se traduce en valoraciones dinerarias por las que deberá responder el operador jurídico.

Determinación y prueba del daño emergente y lucro cesante

La responsabilidad patrimonial es la herramienta de la justicia correctiva, entendida esta última como la noción central que justifica la compensación económica que debe hacer el abogado por el daño generado a su cliente.

Sin la noción de la justicia correctiva, aún seguiríamos entendiendo a la responsabilidad patrimonial sobre la idea de la justicia retributiva. Esto significa que, toda indemnización atendería más a la intensidad propia de la conducta subjetiva del abogado que a la propia apreciación real de la extensión del perjuicio ocasionado al cliente.

¹⁶⁸ Tribunal Supremo de Justicia (España) sentencia en el caso de D^a María Rosa, contra D. José Pedro, sobre arrendamiento de servicios: responsabilidad del abogado, publicado en ROJ 1187/2007. En el mismo sentido las sentencias de de 21 de junio de 2007, en el caso de don Jorge contra don Ricardo, sobre responsabilidad civil profesional, publicado en ROJ 4479/2007; entre otras.

Ahora bien, el fin de la responsabilidad civil patrimonial sustentada en la justicia correctiva, es devolver el equilibrio y la armonía que se ha sido alterada en la relación jurídica abogado-cliente por el incumplimiento contractual del primero. Rompiendo de esa manera con la relación paritaria ya sea del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales o del contrato de mandato.

El daño patrimonial se encuentra integrado por un principio básico, que viene dado por la idea de justicia correctiva de la responsabilidad civil como compensatoria del daño, el cual se funda en la reparación integral del perjuicio. Es decir, la indemnización total y completa del daño en toda su extensión.

A pesar de lo dicho, creemos que la reparación integral del daño a menudo tendrá su excepción en la responsabilidad profesional del abogado, puesto que, la tarea de establecer si la totalidad del daño puede ser atribuida o no a la inejecución obligacional del letrado será una labor compleja. Ya que sólo se puede establecer un rango de probabilidades que le permitirán intuir al juez que de no haber mediado el incumplimiento del abogado, la pretensión del cliente hubiera triunfado; por lo que únicamente, de ordinario, se establecerán porcentajes que den las pautas para estimar el monto por el cual debe indemnizar el profesional.

Lo dicho, se debe a que la indemnización de perjuicios globalmente considerada, es la suma de perjuicios concretos que, una vez delimitados comprenden al daño emergente y al lucro cesante; y es justamente en este último donde radica la incertidumbre del alcance total del propio daño.

Lo que abarca la obligación de indemnizar es también tratada en el artículo 1572 del código común que dice *“la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”*.¹⁶⁹

a) Daño emergente.- Es aquella deducción al patrimonio del cliente-demandante, ya sea por la pérdida de sus activos, o por incremento en los gastos con ocasión de los servicios del letrado y demás gastos correspondientes al proceso.

¹⁶⁹ Código Civil (Ecuador) artículo 1572.

La prueba y determinación del daño emergente no presenta mayores complicaciones, pues se trata de bienes que se redujeron del patrimonio del cliente, y por tanto, es un perjuicio presente o “pasado” que debe ser estimado y valorado en concreto en función de los gastos reales en los que ha incurrido el cliente o de las bajas económicas a las que se vio afectado. Su prueba es completamente objetiva y tendrá que ser perfectamente acreditada por el cliente.

Por otro lado, hay doctrina que considera que el daño emergente puede ser futuro, al referirse a las bajas patrimoniales que afectarán al cliente; el cual, en un principio efectivamente se produjo, pero que continúa produciendo indefinidamente en el tiempo. Es decir, se sabe cuándo y cómo se origina el daño, pero no se conoce a ciencia cierta cuándo cesará ni el monto pertinente de la indemnización que se requerirá para compensarlo totalmente.

b) Lucro cesante.- Comprende a aquel beneficio económico que no ingreso en el patrimonio del cliente o la no disminución de un pasivo. Este daño, de ordinario trae problemas en su determinación por su mayor o menor grado de “eventualidad”, con mayor énfasis en la responsabilidad del letrado. Donde la pretensión final del cliente no depende de la sola diligencia del abogado, sino de la decisión soberana de un tercero, panorama que vuelve aún más incierto a este daño.

La nota distintiva del lucro cesante es siempre encontrarse inmerso en un velo de incertidumbre, pues, se basa únicamente en conjeturas sobre lo que el cliente hubiera obtenido o disminuido en el juicio de no haber mediado incumplimiento del letrado en su obligación de diligencia a través de la adecuada custodia de documentos. No se puede tener una certeza absoluta, por lo que resulta indispensable recurrir a una certidumbre más o menos clara basada en un rango de probabilidades de lo que pudo ser y no fue.

De hecho, en este caso específico, el cliente no podrá acreditar de una manera concreta y certera la prueba de existencia de este daño, como tampoco el monto al que asciende; por esta razón, el cálculo y la prueba deben ser emprendidos con base a parámetros exclusivamente objetivos. Se debe hacer una presunción con fundamento en la experiencia, sobre cual hubiese sido el resultado final del desarrollo normal de los sucesos. Por las características especiales del lucro cesante, es considerado como una

figura jurídica análoga a la pérdida de oportunidad, y por ende, muchas veces confundido en la responsabilidad civil del abogado.

Ahora bien, tanto el daño emergente como el lucro cesante alcanzan al patrimonio del cliente, pero en el caso que nos compete, que es de la responsabilidad civil del abogado por el incumplimiento de su obligación de medios a través de la inadecuada custodia de documentos del cliente, aquellos *per se* no constituyen el objeto del daño, sino que su valor intrínseco se ve reflejado en la presunta importancia que tienen para lograr el triunfo de la pretensión, y con ello evitar un perjuicio al patrimonio del cliente o obtener una determinada ganancia.

Por otro lado, hay jurisprudencia española que consideran que el solo hecho de acreditar el incumplimiento del abogado da por sentado el daño si este “resulta evidente”; así lo estima el Tribunal Supremo de España en la ya citada sentencia de 25 de marzo de 1998 al señalar que *“acreditado un incumplimiento, si el daño es patente, no es preciso probar su existencia sino su cuantía (en autos o en ejecución) y en el presente caso, en que la entidad demandante ha necesitado acudir a la tutela judicial para obtener unos informes que debería haber dado el Abogado desde el principio y obtener incluso la devolución de documentación que pertenecía a la demandante, es patente la producción de un daño”*.

3.3. Valoración del daño indemnizable

La acreditación concreta del daño soportado por el cliente, como resultado del incumplimiento obligacional del abogado, implica la necesidad de realizar lo que en la doctrina española se conoce como juicio dentro del juicio; el cual le permitirá al juzgador manifestarse conjeturalmente sobre el hipotético resultado del proceso de no haber participado un comportamiento indebido del profesional del derecho.

En estos casos, lo que el cliente pretende es acreditar la responsabilidad del operador jurídico por la frustración de un interés legítimo que se ventilaba en un proceso judicial. En otras palabras, el cliente demandante identifica el perjuicio sufrido por el incumplimiento del letrado con el fracaso en obtener un fallo favorable a sus pretensiones o, hasta con la privación de una oportunidad procesal.

Al respecto de las demandas por pérdida de oportunidad, MARÍA DEL CARMEN CRESPO expresa que:

El tribunal supremo ha denegado indemnizaciones por este concepto ya que considera que se tratan de daños inciertos e hipotéticos, puesto que resulta imposible afirmar que de no haber mediado tal conducta errónea o maliciosa el tribunal haya estimado la pretensión del cliente. Pero no siempre debe suceder esto, habrá casos en los que efectivamente esa actuación del letrado haya frustrado la pretensión [en situaciones similares o análogas en las que se haya aceptado tales pretensiones], en cuyo caso la indemnización de daños y perjuicios deberá coincidir con el valor económico de la pretensión.¹⁷⁰

Juicio de prosperabilidad

El juicio de prosperabilidad o juicio dentro del juicio es una tesis que se presenta como una opción ante el órgano judicial español para afrontar los juicios contra abogados. Consiste en una reflexión lógica y razonada vinculada a la posibilidad de obtención de éxito de la pretensión procesal del cliente que se vio frustrada, en nuestro caso, por el incumplimiento de la obligación de medios del abogado a través de la inadecuada custodia de documentos. Esta teoría desarrollada en la tradición del *common law*, fue denominada como juicio dentro del juicio, y su fin es hacernos razonar sobre el hecho de que no se puede ni se debe imputar al letrado indiferentemente, las consecuencias perjudiciales totales del encargo procesal confiado por el cliente.

Con esta tesis se pretende establecer la suma que le correspondería pagar al letrado como indemnización, pero bajo los parámetros de las posibilidades lógicas de triunfo de la pretensión del cliente. Así por ejemplo, el juzgador deberá fallar que el daño ocasionado al cliente corresponde a la suma total de la pretensión frustrada si no existe la menor duda que de no haber mediado el incumplimiento del letrado, la pretensión habría alcanzado el éxito.

No han faltado críticas a esta tesis, la principal de ellas propugna que el juicio de prosperabilidad no abandona el campo ideal y abstracto de las suposiciones¹⁷¹ y por tanto,

¹⁷⁰ M. CRESPO MORA, op.cit., p. 272-273

¹⁷¹ Sobre este punto resulta interesante lo argumentado por el Tribunal Supremo de España para estimar el daño moral en la negligencia del letrado, que en sentencia de 11 de noviembre de 1997, publicada en el ROJ 4258/1997 señala: Como ya se dijo en el fundamento jurídico quinto de esta resolución, *resulta totalmente imposible plantearnos ahora el tema de cuál hubiera podido ser el tratamiento (estimatorio o desestimatorio) que habrían podido recibir los tres frustrados y declarados desiertos* (por la no personación en los mismos del procurador aquí recurrente) recursos de apelación a que nos venimos refiriendo, *pues ello*

no puede brindar una valoración correcta de cada uno de los elementos que ocasionaron el daño ni cuál es su extensión.

Resulta evidente que bajo ciertos aspectos, la responsabilidad civil del abogado y el daño respectivo, no podrá ser acreditado ciento por ciento en la totalidad de las situaciones; no obstante el juicio dentro del juicio ostenta un sólido soporte, y no es otro que el de la justicia, ya que no se puede dejar de reparar un daño injustamente sufrido bajo el pretexto de la compleja tarea de descifrar la incertidumbre.

El juicio dentro del juicio es plenamente aplicable al incumplimiento del abogado en su obligación de adecuada custodia de documentos, en especial en casos en que el proceso continúa sin la aportación de tales documentos, puesto que permitirá al juzgador determinar motivadamente el desenlace al que habría llegado la demanda, si los documentos no hubiesen sido perdidos, destruidos, o presentados y devueltos a tiempo; atendiendo a la alta o baja probabilidad calificada de éxito o de triunfo.

Pérdida de chance

Respecto a este tema TRIGO REPRESAS expresa:

La pérdida de una oportunidad o chance constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél, o sea que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades.¹⁷²

pertenece de lleno al estricto campo de las conjeturas, en el que, obviamente, nos está absolutamente vedado introducirnos. Prescindiendo totalmente, repetimos, del hipotético tratamiento (estimatorio o desestimatorio) que hubieran podido recibir los repetidos recursos de apelación, lo que es absolutamente imposible tratar de averiguar ahora, lo cierto y verdad es que la negligente conducta del procurador, aquí recurrente, al no personarse en los mismos, *ocasionó un evidente y ostensible daño moral a los allí apelantes, que consistió en dejarles irremisiblemente privados del conocimiento y resolución, por el Tribunal competente, de dichos recursos de apelación y, en su caso, también de los posteriores recursos de casación*, cuyo daño moral, claramente producido, es el que la sentencia recurrida ha declarado indemnizable en la cuantía ya dicha y esta Sala de casación lo considera totalmente ajustado a derecho.

¹⁷² F. TRIGO REPRESAS, Reparación de daños por mala praxis médica, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 24; op.cit., R. VÁZQUEZ: “La Cuantificación del Daño en la Responsabilidad de Médicos y Abogados”; Revista de Derecho de Daños, Cuantificación del Daño, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 197

Esta interpretación bastante clara, entendida desde el aspecto procesal, nos invita a reflexionar sobre el complejo trabajo pericial que conlleva desentrañar cuál hubiera sido el hipotético desenlace favorable o desfavorable de la pretensión del cliente en juicio. Pues, la acreditación de la prueba no se conduce únicamente a elementos concretos en el margen de límites objetivos, sino que también se debe enfrentar con el fuero interno del juzgador.

El mismo TRIGO REPRESAS recoge lo dicho, y lo aplica a su interpretación de la pérdida de oportunidad en el caso del operador jurídico al expresar:

Cuando el daño consiste en la frustración de una esperanza o pérdida de una chance [en nuestro caso la de triunfar en un proceso judicial], coexisten a la vez un elemento de certeza y otro de incertidumbre, certeza de que, de no mediar el evento dañoso -trátase de un hecho o acto ilícito o de un incumplimiento contractual-, el damnificado habría mantenido la esperanza, en el futuro, que le permitiría obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial. Pero a la par, incertidumbre, definitiva ya, de si, manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la chance, la ganancia en realidad se hubiera obtenido o si la pérdida se habría evitado, o sea que a pesar de la incertidumbre, puede decirse que hay algo actual cierto e indiscutible cual es la efectiva pérdida de la oportunidad o posibilidad de lograr un beneficio.¹⁷³

Ahora bien, de manera general, la pérdida de chance consiste en la posibilidad de obtener un beneficio o evitar un perjuicio; pero sobre el elemento incierto de esta tesis, parte de la doctrina rechaza de plano cualquier posibilidad de indemnización por daños, ya que, aseguran que el daño no es cierto debido a la eventualidad de su existencia, es decir, fundamentándose en la ausencia de “certeza absoluta” que debe tener el daño.

No creemos acertada esa postura, pues consideramos que, en el tema de la pérdida de oportunidad, nos enfrentamos a daños ciertos, ya ocurridos; pero en los cuales la incertidumbre no solo radica en la causalidad que debe mediar entre el daño cierto y el incumplimiento del abogado, sino además en el monto de su compensación.

Es justamente este aspecto incierto de la causalidad, donde la pérdida de oportunidad se diferencia del lucro cesante; pues este último básicamente se enfoca en la obtención de posibles beneficios, mientras que en la pérdida debemos estimar no solo lo que se dejó de percibir, sino también, el daño que se hubiera podido evitar si el letrado no hubiera actuado negligentemente.

¹⁷³ F. TRIGO REPRESAS, Pérdida de la chance de curación y daño cierto, secuela de mala praxis, en L. L. 1986-C-34; ob.cit., J. BORAGINA/J. MEZA, op.cit., p. 133

J. TAMAYO se manifiesta en igual sentido al afirmar que en estas situaciones el daño es cierto y la única certidumbre radica en el *quantum* de la indemnización; pues “[e]n efecto, el que tiene la posibilidad de ganar algo dispone de un bien económico que inclusive a veces puede enajenarse, como cuando se vende un derecho litigioso (...)”.¹⁷⁴ “El valor desde luego, depende del porcentaje de probabilidades de éxito que se tiene con esa oportunidad”.¹⁷⁵

Por tanto, la “pérdida de chance” implica un daño aún no ponderado debido a su compleja confluencia de elementos pasados y futuros inciertos, pero que denotan un aparente daño actual que deberá ser compensado en razón de la oportunidad perdida en sí misma, y no sobre la ganancia o pérdida total que pretendía el cliente en el proceso. El monto se basa en el porcentaje de probabilidades que el cliente tenía de éxito o fracaso; puesto que la sola posibilidad existía y se encontraba latente, brindando una mejor expectativa a aquella persona que se hallaba en la posibilidad de obtener algo, que de aquella que no la tenía.

Estos aspectos se encuentran mejor expuestos por el Tribunal Supremo español que en un fallo de 29 de mayo de 2003 manifiesta:

El caso que nos ocupa consiste en determinar si existe culpa en el Abogado por no entablar una demanda a tiempo (la acción prescribe o caduca), o por no interponer un recurso dentro del plazo establecido. Sobre esta segunda hipótesis versan la mayor parte de los casos de la jurisprudencia. Y en ellos se plantea una primera y principal disyuntiva, que es la siguiente: cuando el órgano judicial enjuicia la posible responsabilidad del Abogado, ¿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?

Si contestamos afirmativamente a esta pregunta, el juzgador podrá condenar al Abogado a satisfacer a su cliente una indemnización equivalente al interés que se hallaba en juego, o bien reducirla prudencialmente en función de la mayor o menor dosis de probabilidad de éxito que el propio juzgador estime que habría tenido la demanda o el recurso intempestivos.

Si la respuesta es negativa, el Juez deberá establecer una **indemnización** en favor del cliente basada en una muy subjetiva apreciación de lo que para éste ha supuesto **verse privado de la posibilidad de éxito en un juicio no entablado o en un recurso no**

¹⁷⁴ J. TAMAYO JARAMILLO, t. II, op.cit., p. 357. En el mismo sentido ENRIQUE BUERES, ROBERTO VÁZQUEZ, FELIX TRIGO REPRESAS, entre otros.

¹⁷⁵ J. CARLOS HENAO PÉREZ, op.cit., p. 160; op.cit., J. TAMAYO JARAMILLO, t. II, op.cit., p. 357

promovido. Una expresión del razonamiento conducente a la condena, en ese caso, podría ser el consistente en la llamada «pérdida de oportunidad».¹⁷⁶

De lo expuesto, el problema más azaroso de la responsabilidad civil del operador jurídico es la del monto del daño indemnizable, pues si bien es cierto la pérdida de oportunidad de la pretensión del cliente por el incumplimiento obligacional del letrado, configuran un daño cierto, la realidad de las circunstancias nos muestran que la reparación del perjuicio no puede abordar la integralidad del daño asociado a la totalidad del beneficio o perjuicio que pretendía en la demanda.

Esto se debe a que la mayor o menor eventualidad de que ocurra o no el resultado esperado por el cliente, depende en buena parte no solo de la obligación de diligencia del abogado, sino de circunstancias ajenas a su esfera de dominio, como efectivamente lo es la decisión soberana del juzgador. Por lo dicho, la compensación o reparación se debe enfocar en la posibilidad de éxito, según su mayor o menor grado de probabilidad.

Se ha concertado la concurrencia de ciertos requisitos indispensables para brindarle la condición de certeza necesaria tanto al daño por pérdida de oportunidad como a su nexo causal, y de esta manera obtener su reparación. Estas condiciones son recogidas por MARÍA DEL CARMEN CRESPO quien las resume de la siguiente manera, que el resultado sea definitivo (que no pueda ser subsanado con otros remedios procesales), que antes de la defectuosa actuación o omisión del letrado existiera alguna oportunidad de que la pretensión fallida fuera estimada. Cumplidos los requisitos mencionados la prosperabilidad de la pretensión será la que determine el porcentaje de indemnización que deberá recibir.¹⁷⁷ De la reunión de estos requisitos, se puede apreciar claramente, que el juicio dentro del juicio y la pérdida de oportunidad no constituyen posturas excluyentes, sino que por el contrario convergen para saber cuál es la probabilidad de que un determinado resultado negativo o positivo se dé.

Probabilidades que deben responder no a una base de datos estadísticos, sino a la percepción correcta y concreta de los hechos brindados en la prueba por el cliente

¹⁷⁶ Tribunal Supremo de Justicia (España), sentencia sobre responsabilidad del abogado, publicado en ROJ 3914/2003; en el mismo sentido las sentencias de 14 julio 2003, publicado en ROJ 4630/2003; de 28 julio de 2003, publicado en ROJ 5989/2003; entre otras.

¹⁷⁷ M. CRESPO MORA, op.cit., p. 274

demandante y el abogado demandado; para en base a ello estimar el perjuicio real y el nexo causal que hay entre los dos eventos.

Indemnización del daño

Como se ha podido demostrar a lo largo de este corto estudio, los abogados en el despliegue de su ejercicio profesional se encuentran sujetos a responsabilidad civil, por tanto, les corresponderá compensar de ordinario daños patrimoniales; pero sin excluir, los daños morales a los que hubiera lugar, según el derecho comparado, si el cliente logra demostrar hechos que manifiesten claramente la existencia de una aflicción personal del cliente como consecuencia directa del fracaso de pretensión por el incumplimiento del abogado.

En la actualidad, se entiende que el daño, en el caso que nos compete, producido sobre el patrimonio puro del cliente “debería” ser reparado íntegramente, es decir atendiendo a la totalidad de los perjuicios sufridos tanto en su vertiente material como moral (si hubiera cabida en nuestro sistema jurídico); pero sin acudir a evaluaciones matemáticas exactas con las que se deba establecer la indemnización. Pues, resulta suficiente que el juzgador o el tribunal tengan el convencimiento íntimo de la certeza del daño para que establezca la indemnización correspondiente en razón de la intensidad y prolongación en el tiempo del daño, que será estimado en base a las pruebas aportadas por la víctima.

Sobre la indemnización total de los perjuicios, ROBERTO VÁZQUEZ nos dice:

La reparación integral impone la adecuación cualitativa y cuantitativa entre la dimensión del daño y la extensión de la reparación. El principio de la reparación plena determina:

- a) Que la extensión del resarcimiento se establece en función del régimen de imputación de consecuencias del Código Civil;
- b) La valoración y cuantificación circunstanciadas en el caso concreto, teniéndose especialmente en cuenta las condiciones socioeconómicas del damnificado;
- c) La ausencia de topes o límites indemnizatorios.

[Y más adelante agrega que]

Debe distinguirse la valoración del daño de la cuantificación de la reparación:

- a) Valorar el daño es determinar su contenido intrínseco, su composición y su entidad cualitativa, lo cual presupone una ponderación circunstanciada en el caso concreto;
- b) Cuantificar la reparación es determinar la cuantía del resarcimiento, en un valor justo para repararlo.¹⁷⁸

¹⁷⁸ R. VÁZQUEZ, op.cit., p. 190-191

Lo dicho por VÁZQUEZ nos parece medianamente aceptable para ser aplicado al derecho de daños, especialmente en situaciones donde las obligaciones sean claras y precisas y no se presten a elucubraciones basadas en hipotéticos imaginarios del juzgador. Pero tenemos nuestras serias dudas con respecto a la ausencia de límites en la indemnización del daño extrapatrimonial, pues resulta preciso la fijación de estimados máximos de compensación según la situación concreta del daño, para de esta manera contar criterios jurisprudenciales uniformes y razonables.

Pero la idea de reparación *in integrum*, como ya se ha dicho, en demandas por mala *praxis* de los abogados, pierde su claridad la ya tan mencionada complejidad en determinar la existencia del daño y el monto por el cual debe responder el letrado.

FERNANDO GÓMEZ se pronuncia en igual sentido al señalar que:

De acuerdo con el concepto elemental y universalmente aceptado de valor esperado, éste resulta de la probabilidad de éxito en el pleito y de la cuantía del pleito. La indemnización de daños por pérdida de oportunidad debe venir dada, fundamentalmente, pues, por el valor esperado de la pretensión perdida, y éste nunca es independiente ni de la cuantía ni de la probabilidad de éxito del litigio.¹⁷⁹

La reparación o compensación por pérdida de oportunidad o chance, debe basarse netamente en el cálculo aproximado de las probabilidades de éxito o de fracaso de la pretensión frustrada del cliente-demandante; por tanto, el monto total que deberá pagar el letrado será más alto en cuanto mayores sean las probabilidades de éxito. Esta cálculo solo podrá ser realizado por el juzgador con base en el juicio de prosperabilidad, que no es más que la operación intelectual en la cual el juez recrea imaginariamente en base a conjeturas, cuál habría sido el escenario final de la pretensión del cliente de no haber mediado el incumplimiento de las obligaciones del abogado.

Pero esta recreación no puede ser arbitraria o antojadiza, puesto que debe responder a la sana lógica y las máximas de la experiencia que deben tener como base los hechos concretos y objetivos que envolvieron al hecho ilícito. Una vez realizado todo este procedimiento, que debe ser claramente señalado en la sentencia de manera evidente y

¹⁷⁹ F. GÓMEZ: “Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral”; INDRET, Revista para el análisis del derecho, N° 154, Facultad de Derecho Universitat Pompeu 19. Fabra, Barcelona, julio 2003, disponible: <http://www.indret.com>, consultado: 07/03/2009, p. 6

motivada con una razonable exposición de los parámetros de valoración y cuantificación del daño, la cifra resultante será el monto indemnizable por la pérdida de oportunidad.

Conclusiones

Luego de haber recorrido por una amplia y variada gama de doctrinas, posturas jurisprudenciales, y normativas tanto locales como extranjeras, nos ha permitido reflexionar sobre el verdadero alcance de la responsabilidad civil del abogado en relación a su obligación de medios a través de la adecuada custodia de documentos del cliente asumida con ocasión de la defensa de sus intereses en el proceso judicial.

De esta manera pues, iniciaremos diciendo que el profesional del derecho, sea cual sea el campo en el que se desenvuelva, ya sea como asesor, como litigante en audiencias judiciales, como mediador, entre otras tantas; se encuentra sujeto a varias regulaciones contempladas tanto en leyes propiamente dichas, como también en códigos éticos o deontológicos, los cuales regulan su profesión y el decoro o conducta que debe guardar en razón de la misma.

Todas esta normativa, sin importar su contenido ético, se encuentra formando parte del ordenamiento jurídico como tal, por lo que cualquier infracción a ley o a sus usos normativos implicaría un hecho ilícito y antijurídico; por tanto el letrado se encuentra no solamente sujeto a la responsabilidad civil, sino también a una responsabilidad administrativa, penal y disciplinaria, debiendo responder por cada una de ellas según el caso y las circunstancias.

En nuestro estudio particular, nos enfocamos tan solo en una de sus responsabilidades, la civil, la misma que al igual que las otras demanda de una conducta del abogado que se traduzca en la generación de un daño injusto. En nuestro caso específico, ese daño se comporta del no cumplimiento del contenido de la prestación de medios en relación a la adecuada custodia de documentos.

Se requiere que ese daño sea cierto, y que entre esa inejecución contractual y el daño medie un vínculo o nexo causal indiscutible, que permita acreditar que el daño es consecuencia directa y mediata del incumplimiento y no de otros factores alternos con los cuales podría asociarse la producción del daño.

Observamos además, que la naturaleza de la responsabilidad profesional del abogado, no siempre fue cuestionada, en razón de su “preponderante rol social” y a esa especie de temor reverencial que se fundamentaba justamente en su calificación de profesional, que le confería una serie de conocimientos privativos a los cuales nadie se atrevía a discutir o sopesar, haciendo de sus decisiones sagradas e incuestionables.

No es hasta hace pocas décadas atrás, que la sociedad gira su mirada sobre la labor de los profesionales, iniciando con los galenos; puesto que no se podía permitir que más injusticias se queden en la impunidad. No tardo mucho tiempo para que los profesionales del derecho también hayan quedado en la mira de las personas, especialmente en las dos últimas décadas; puesto que desde la década de los noventa ha habido una gran afluencia e incremento de demandas por parte de clientes en contra de sus abogados por mala *praxis*.

Por tanto, fue imperioso investigar que significa ser un profesional, para saber el porqué de la tendencia actual a juzgarlos con mayor severidad; y constatamos que profesional es el nombre con que el cual se denomina a las personas que desarrollan una determinada actividad, que supone largos estudios, y que se ejerce de manera generalmente autónoma, la cual constituye su fuente principal de ingresos. En el caso específico del letrado se trata de servicios intelectuales que se ofertan en base a un título habilitante.

Es en base a este rotulo de profesional del derecho y lo que ello implica, que la responsabilidad civil por incumplimiento contractual se acentúa, especialmente si se tratan daños injustos atribuibles a negligencia, impericia o imprudencia del operador jurídico. Pues se supone que al tener un título habilitante cuenta los conocimientos y la pericia necesaria para llevar a cabo su labor.

De manera que, la responsabilidad civil del abogado se configura, si faltando a su *lex artis*, produce un daño; y una vez acreditada la responsabilidad civil, esta lleva implícita la obligación de indemnizar justamente los daños y perjuicios que haya causado su negligencia al cliente.

Entonces una vez determinada la obligación de indemnizar, se deberá establecer si la misma tiene un origen contractual o extracontractual; en el amplio campo en el que el operador jurídico puede ofertar y brindar sus servicios, y entre las varias tareas que puede llevar a cabo, no permiten que se descarten ni la una ni la otra opción. Pero aterrizando sobre el caso concreto de este estudio, que no es más que el despliegue de los servicios

profesionales del abogado en el proceso judicial, se constato que toda obligación de indemnización que se origine a consecuencia del incumplimiento, no puede tener más que un origen contractual.

Y en relación a los requisitos para que haya lugar a la responsabilidad contractual, se estima que en lo principal, son los mismos que requiere la responsabilidad civil en general, pero con ciertas adiciones que son la existencia de un contrato válido entre el cliente y su abogado, una conducta activa u omisiva imputable al abogado, que exista un daño en razón a esa conducta activa u omisiva, un nexo causal entre la conducta activa u omisiva y el daño, y el factor de atribución de imputabilidad subjetivo u objetivo.

La afirmación, sobre la naturaleza contractual de la obligación de indemnización, se basa en que varias normas jurídicas correspondientes al ejercicio profesional del letrado, como las contenidas en el Código Civil, Código de Procedimiento Civil y Código Orgánico de la Función Judicial, plantean que, para que el abogado pueda comparecer en juicio este debe actuar como procurador judicial, y procurador solo puede ser el mandatario que cuenta con el poder para representar a otra persona o actuar en su nombre. Caso contrario, el abogado será un mero patrocinador y estará sujeto las reglas del contrato de arrendamiento de servicios.

La procuración o el patrocinio deben ser acreditados a través de un escrito público en el cual se conste tales designaciones, y debe ser presentado ante el juez para que el abogado pueda actuar en el proceso.

Nuestro código común admite la posibilidad que a los servicios profesionales que suponen largos estudios se apliquen las normas del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales siempre y cuando estas no sean contrarias al contrato de mandato, y exista la facultad de representar. Nuestra interpretación al respecto, es la propugnada por MONROY CABRA, el cual afirma que el contrato que regula al ejercicio profesional del abogado en un proceso judicial es el de mandato con prestación de servicios. En este sentido recalamos que no se trata de contratos excluyentes sino complementarios, con la salvedad que el arrendamiento será aplicable en circunstancias en la que el abogado no represente a su cliente.

Con respecto a las obligaciones legales y contractuales del abogado, se considera que son todas aquellas que pertenecen al contrato de mandato y las del arrendamiento de

servicios inmateriales en lo que le fueran pertinentes. Inclusive las normas de carácter ético, por ser parte de la esencia misma del marco contractual que regula el ejercicio profesional y la conducta del operador jurídico en el proceso judicial; por lo que cualquier infracción o incumplimiento de esta normativa que se entiende comprendida en el contrato, le acarreará responsabilidad civil contractual.

Se concluye que, de ordinario, la obligación principal que integra tanto vertical como horizontalmente al contrato del letrado, no puede ser otra que la obligación de medios, obviamente si se encuentra prestando sus servicios en un proceso judicial; ya que de no ser así, muy bien podría asumir obligaciones de resultado verbigracia la redacción de un escrito.

En el proceso judicial, lo normal es la obligación de medios, la misma que consiste en que el abogado debe ejercer su actividad profesional acorde con la diligencia que le demanda su *lex artis*, la misma que no puede ser asociada con la del buen padre de familia, ya que su diligencia debe ser superior, esmerada y celosa en pos de defender los intereses de su cliente.

Su obligación es de medios, porque justamente debe hacer uso de todos los métodos lícitos y morales que estén a su alcance para obtener el triunfo de cliente, esto quiere decir, que el compromiso del abogado está enfocado en hacer todo lo posible para lograr un fallo positivo para su cliente, pero de ninguna manera se compromete a lograr un éxito, que muy difícilmente podría estar en sus manos; ya que en un proceso existen un sinnúmero de variables que se encuentra fuera de la esfera de control del operador jurídico; siendo la principal, la que se asienta en la decisión soberana del juez, de un tercero imparcial.

Se aprecia, como ya se dijo, que el abogado se encuentra inserto en una compleja red de obligaciones principales y secundarias, a muchas de las cuales se ha pretendido darles un carácter de auténticas obligaciones de resultado, desvirtuando de esta manera la labor de medios del abogado. Esta apreciación no tiene cabida en el deber de adecuada custodia de documentos del cliente; pues como se dijo la obligación del abogado es de hacer uso de todos los medios lícitos y morales posibles para obtener el triunfo del cliente, y el deber de debida custodia implica el de una adecuada diligencia, y esto a su vez nos lleva de regreso a la obligación de medios.

Si el abogado a través de acciones u omisiones no ejecuta el deber de debida custodia, incumple el contrato de mandato, el cual puede ser imputado a su dolo o culpa. El cliente al demostrar la existencia de la obligación, y por ende la inejecución de la misma se presume culpa del letrado; pero si el abogado incumple intencionalmente, con su obligación, con conciencia y conocimiento de que podría ocasionar un daño, pero sin ánimo de hacerlo, debe ser imputado por dolo por la desidia con la ejerce sus servicios; en este caso será el cliente el deba probar el dolo.

Pues, el dolo no se presume, este debe ser probado pero no en sí mismo, sino en los hechos concretos y situaciones fácticas que le permitan tener al juez la convicción íntima de que las circunstancias que rodearon al incumplimiento solo pueden ser imputadas de manera objetiva a dolo del letrado.

Como se dijo, se estima al dolo en base a la intención de no ejecutar las obligaciones, pero el dolo en materia civil equivale a culpa grave o viceversa, pero entre el dolo eventual y la culpa grave más que una diferencia existe una identidad, puesto que en ninguna de estas figuras se pretende ocasionar daño al cliente, pero si se actúa con una desidia tal que no existe otra opción que inferirse dolo.

En definitiva, se considera, que si el cliente pretende obtener una indemnización por parte del letrado, deberá probar la existencia de la obligación asumida por el letrado. A pesar de ello no se descarta la posibilidad de aplicar la teoría de las pruebas dinámicas, según la cual, la parte que se halle en mejor posición de probar los hechos deberá hacerlo, y con respecto a la diligencia del abogado quien mejor que el mismo para probarla y liberarse de responsabilidad.

Finalmente el daño ocurrido en el patrimonio del cliente debe ser cierto, o por lo menos tener una certidumbre altamente probable de que ocurra. En el caso específico del abogado, esto no resulta tarea sencilla, puesto que, lo que el cliente intenta al demandar a su abogado, es la reparación de la pretensión fracasada que es asociada con la negligencia del letrado. Reparación integral que únicamente podrá obtener si logra demostrar todos los elementos fácticos que brinden la certeza que de no haber mediado la conducta negligente del operador jurídico, su pretensión hubiera triunfado.

De no ser ese el caso, habrá lugar a la valoración de los hechos en virtud de la pérdida de oportunidad, donde ciertamente ya existe un daño, pero no se conoce a ciencia

cierta si puede ser atribuido al letrado, y cuál es la valoración y la cuantificación que deba dársele a ese daño para poder estimar la indemnización. En casos así, se debe acudir al juicio de prosperabilidad o juicio dentro del juicio, mediante el cual, el tribunal deberá hacer un recreación intelectual de los hechos para estimar las probabilidades de éxito o de fracaso de la pretensión del cliente, donde las probabilidades son directamente proporcionales al monto de la indemnización, a mayor probabilidad, mayor indemnización.

Bibliografía

Fuentes bibliográficas:

Libros:

- AGOTIELI, OSVALDO y otros, *La Ética del Abogado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- ALOU, STELLA M., et al., *Fundamentos de Derecho Contractual*, 1ra ed., t. II, Buenos Aires, La Ley, 2009.
- ALTAVILLA, ENRICO, *La Culpa*, 4ta ed., Bogotá, Temis, 1999.
- ARELLANO, CARLOS, *Manual del Abogado. Práctica Jurídica*, 6ta ed., México D.F., Porrúa, 1998.
- Barros BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 1ra ed., Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 2006.
- CAMPILLA, JOSÉ, *Dignidad del Abogado Algunas consideraciones sobre ética profesional*, 8va ed., México D.F., Porrúa, 1998.
- CAMPILLA, JOSÉ, *Introducción a la Ética Profesional del Abogado*, 3ra ed., México D.F., Porrúa, 1997.
- COMISIÓN DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO, *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Madrid, Ole Lando y Hugh Beale, 2003. G
- CONTRERAS R., GUSTAVO, et al., *Código Civil Comentado*, 15va ed., Bogotá D.C., Leyer, s.f.
- CORSARO, LUIGI, et al., *Estudios sobre Responsabilidad Civil*, 1ra ed., Lima, Ara, 2001.
- DEL FORNO, CARLOS, *Guión del Joven Abogado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962.
- GARGAGLIONE, ELVIRA, *Código de Ética de los Abogados Comentado*, 1ra ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996.

IZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *La Responsabilidad Civil del Profesional Liberal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998.

LÓPEZ MESA, MARCELO/TRIGO R. FELIX, A., *Responsabilidad Civil de los Profesionales*, 1ra ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2005.

LORENZATTI, RICARDO L., *Tratado de los Contratos*, t. II, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999.

MADURO LUYANDO, ELOY, et al., *Indemnización de Daños y Perjuicios*, Venezuela, Jurídica Bolivariana, 1998.

MONROY CABRA, GERARDO, *Ética del Abogado*, 4ta ed., Bogotá D.C., ABC, 2005.

MUÑOZ, HÉCTOR Y REPÚN, ERNESTO, *Código de Ética*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.

MORELLE, AUGUSTA, *Los Abogados*, 2da ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.

MOSSET I., JORGE/PIEDECASAS, MIGUEL A., *Responsabilidad Contractual*, 1ra ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007.

PARMA, MARCELO, *Vademécum de Ética Jurídica*, Cuyo- Argentina, ed. Cuyo, 2000.

PÉREZ, BERNARDO, *Deontología Jurídica. Ética del Abogado*, 3ra ed., México D.F., Porrúa, 1998.

QUINTERO DE PRIETO, BEATRIZ, *Teoría Básica de la Indemnización*, 3ra ed., Bogotá, Leyer, 2000.

ROSENKANZ, OFELIA y otros, *Ética Profesional de los Abogados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

SANCHEZ URITE, ERNESTO A., *Mandato y Representación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974.

SANTISTEBAN, SONIA M., et al., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.

TAMAYO, JAVIER, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2da ed., Tomos I y II, Bogotá D.C., Legis, 2002.

TRIGO REPRESAS, FÉLIX, *Seguros y Responsabilidad Civil. Responsabilidad Civil de los Profesionales*, Buenos Aires, Astrea, 1978.

TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Responsabilidad civil del abogado*, Buenos Aires, Hammurabi, 1996.

UGARTE V., JORGE, *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*, 3ra ed., Santiago, Jurídica de Chile, 1997.

VIGO, LUIS, *Ética del Abogado Conducta Procesal Indebida*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

Revistas Semestrales:

BORAGINA, JUAN/MEZA, JORGE: “Naturaleza de la relación entre abogado y cliente”; *Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad de los Profesionales del Derecho*, p. 129-150, vol. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005.

BUERES, ALBERTO: “La Apreciación de la Culpa en la Responsabilidad de los Profesionales”; *Revista de Derecho de Daños, Daños Profesionales*, p. 275-258, vol. 8, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006.

CASIELLO, JUAN J., et al., *Revista de Derecho de Daños, Creación de Riesgo*, 1ra ed., vol. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007.

CASTRO, RICARDO: “Los pactos limitativos de la responsabilidad civil del abogado”; *Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad de los Profesionales del Derecho*, p. 151-164, Vol. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005.

GANDOLLA, JULIA: “La Responsabilidad del Cliente por los daños y perjuicios ocasionados por el profesional en ejercicio y oportunidad del trabajo encomendado”; *Revista de*

Derecho de Daños, Daños Profesionales, p. 237-257, vol. 8, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005.

KEMELMAJER, AÍDA: “Reflexiones sobre las normas deontológicas y la responsabilidad del abogado”; Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad de los Profesionales del Derecho, p. 39-68, vol. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005.

MAYO JORGE: “Casuística de la responsabilidad del abogado: demanda no promovida, prueba no ofrecida o no diligenciada, recursos no interpuestos o no fundados”; Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad de los Profesionales del Derecho, p. 119-128, vol. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005.

MORELLO, AUGUSTO: “La responsabilidad civil del abogado (Perspectivas modernas desde la óptica procesal)”; Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad de los Profesionales del Derecho, p. 27-38, vol. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005.

MOSSET, JORGE: “Las dificultades de la ciencia jurídica para concluir en la responsabilidad de quienes ejercen profesiones vinculadas a ella”; Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad de los Profesionales del Derecho, p. 7-26, vol. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005.

MOSSET, JORGE: “Los Profesionales”; Revista de Derecho de Daños, Daños Profesionales, p. 237-257, vol. 8, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005.

STIGLITZ, RUBEN: “Seguro contra la responsabilidad civil profesional”; Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad de los Profesionales del Derecho, p. 91-118, vol. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005.

TRIGO, FÉLIX: “Responsabilidad Civil del Abogado”; Revista de Derecho de Daños, Daños Profesionales, p. 81-103, vol. 8, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005.

TRIGO, FÉLIX: “Los distintos roles del abogado: apoderado, consultor, patrocinante. Deberes y responsabilidades en cada caso”; Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad de los Profesionales del Derecho, p. 69-90, vol. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005.

VÁZQUEZ, ROBERTO: “La Cuantificación del Daño en la Responsabilidad de Médicos y Abogados”; Revista de Derecho de Daños, Cuantificación del Daño, p. 189-201, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001.

Páginas Web:

BARCIA L, RODRIGO: “La asimilación de la culpa al dolo desde una perspectiva objetiva del Derecho de los contratos: primera parte”; *Ius et Praxis* [online], p. 75-95, vol.12, No.2, 2006, disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200004&lng=es&nrm=iso, consultado: 07/03/2009.

BARCIA L, RODRIGO: “La asimilación de la culpa al dolo desde una perspectiva objetiva del Derecho de los contratos: segunda parte”; *Ius et Praxis* [online], p. 29-44, vol.13, No.1, 2007, disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200004&lng=es&nrm=iso, consultado: 07/03/2009.

CRESPO MORA, MARÍA: “La Responsabilidad Civil del Abogado en el Derecho Español: Perspectiva Jurisprudencial”; *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, p. 257-285, N°25, Barranquilla, julio 2006, disponible: <http://redalyc.uaemex.mx>, consultado: 07/03/2009.

GÓMEZ, FERNANDO: “Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral”; *INDRET, Revista para el análisis del derecho*, p.1-8, N° 154, Facultad de Derecho Universitat Pompeu 19, Fabra, Barcelona, julio 2003, disponible: <http://www.indret.com>, consultado: 07/03/2009.

LOUGE, ESTEBAN: “Responsabilidades Profesionales: las vicisitudes en la relación abogado cliente como causa frecuente de reclamos de responsabilidad. Algunas propuestas para su erradicación”; *Universidad Nacional del Centro, Ponencia presentada en las IV Jornadas Rosarinas de Derecho Civil*, p.1-13, Cartapacio N° 7, Buenos Aires, 2004, disponible: www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/54/62, consultado: 07/03/2009.

MARTI, JOAQUIM: “La responsabilidad «objetiva» del Abogado en el ejercicio de su Profesión”; *Universidad de Barcelona*, p.1-14, Barcelona, febrero 2006, disponible: http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/articulo_joaquim_marti_marti.pdf consultado: 07/03/2009.

MONTERROSO, ESTHER: “La responsabilidad civil del abogado: criterios, supuestos y efectos”; *S A B E R E S, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, p.1-30, Vol. 3, ed. Universidad Alfonso X el Sabio, Facultad de Estudios Sociales Villanueva de la Cañada, Madrid, 2005, disponible: http://www.uax.es/publicaciones/archivos/SABDER05_006.pdf, consultado: 04/10/2009.

40. MOREO, JAVIER: “La compleja configuración del daño en la responsabilidad civil del abogado”; *INDRET, Revista para el análisis del derecho*, p.1-24, N° 414, Barcelona, enero 2007, disponible: <http://www.indret.com>, consultado: 07/03/2009.

REGLERO, FERNANDO: “La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”; Revista de responsabilidad civil y seguro, Universidad de Castilla-La Mancha, p.21-44, Castilla, junio 2007, disponible: www.asociacionabogadosrcs.org/.../responsabilidadAbogadosTribunalSupremo.pdf, consultado: 04/10/2009.

YÁGUEZ, RICARDO: “La responsabilidad civil del abogado”; INDRET, Revista para el análisis del derecho, p. 1-54, ed. Facultad de Derecho Universidad de Deusto, Barcelona, enero 2008, disponible: <http://www.indret.com>, consultado: 07/03/2009.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Responsabilidad civil de abogados y procuradores. El quid, pero sobre todo el quantum”, ponencia del 4º Congreso Nacional de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, p. 25, noviembre 2004, disponible: www.asociacionabogadosrcs.org/antig/congreso/4congreso/ponencias/Ponencia%20de%20Mariano%20Yzquierdo.pdf, consultado: 07/03/2009.

Normativa:

Ecuador:

Código Civil, publicado en el R.O Suplemento No. 46, de 24 de junio de 2005

Código de Ética Profesional, de 07 de agosto

Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el R.O Suplemento No 544, de 09 de marzo de 2009

Código de Procedimiento Civil, publicado en el R.O Suplemento No. 58 del 12 de Julio de 2005

Ley de la Federación Nacional de Abogados publicada en el R.O No 276 del 30 de marzo de 1973

Reglamento del Tribunal de Honor, de 15 de octubre de 2003.

España:

Estatuto General de la Abogacía, publicado en la Gaceta de Madrid el 22 de junio de 2001

Sentencias Corte Suprema de Justicia (Ecuador):

06 de noviembre de 1946, publicado G.J., Año LI, Serie VII. No. 3, p. 282

24 de agosto de 1977, publicado en G.J., Año LXXVIII, Serie XIII. No. 1. Pág. 65.
05 de mayo de 1988, publicada en la G.J, Año LXXXVIII, Serie XV. No. 2, p. 397
06 de julio de 2000, publicada en la G.J, Año CI, Serie XVII, No. 3, p. 609
28 de febrero de 2001 publicado en la G.J, Año CII, Serie XVII, No. 5, p.1239.
06 de abril de 2001, publicada en la G.J, Año CII, Serie XVII, No. 5, p.1324.
23 de mayo de 2002, publicada en la G.J, Año CIII, Serie XVII, No. 9, p. 2718
26 de febrero de 2003, publicada en la G.J, Año CIV, Serie XVII, No. 11, p. 3466-3467
19 de marzo de 2003, publicada en la G.J, Año CIV, Serie XVII, No. 12, p. 3730.
19 de marzo de 2003, publicada en la G.J, Año CIII, Serie XVII, No. 10, p.3005.
19 de marzo de 2003, publicada en la G.J, Año CIV, Serie XVII, No. 12, p. 3730
21 de junio de 2007, publicada en la G.J, Año CVIII, Serie XVIII, No. 5, p. 1802.

Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia (España):

04 de febrero de 1992, publicado con ROJ 739/1992.
23 diciembre 1992, publicado ROJ 10715/1992
11 de noviembre de 1997, publicada en ROJ 4258/1997
25 de marzo de 1998, publicado ROJ 275/1998
03 octubre 1998, publicado ROJ 8587/1998
07 febrero 2000, publicado en RJ 283/2000
19 de marzo de 2003, publicado en ROJ 8024/2003.
29 de mayo de 2003, publicado en ROJ 3914/2003
14 julio 2003, publicado en ROJ 4630/2003
28 julio de 2003, publicado en ROJ 5989/2003
12 de diciembre de 2003, publicado en ROJ 8024/2003
14 de julio de 2005, publicado ROJ 6532/2005

14 de diciembre de 2005, publicado ROJ 1225/2006

27 febrero 2006, publicado ROJ 1564/2006

26 de febrero de 2007, publicado en ROJ 1187/2007

23 de marzo de 2007, en ROJ 1613/2007

21 de junio de 2007, publicado en ROJ 4480/2007

30 de julio de 2007, publicado en ROJ 5670/2007.

18 de octubre de 2007, publicado en ROJ 6419/2007

22 de octubre de 2008, publicado en ROJ 5706/2008

01 de diciembre de 2008, publicado en ROJ 6678/2008.

23 de febrero de 2010, publicado en ROJ 988/2010.