

RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO Y TEORÍAS SOBRE
TASACIÓN DE PERJUICIOS.

1

RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO Y TEORÍAS SOBRE TASACIÓN DE
PERJUICIOS

CLAUDIA FERNANDA MARTÍNEZ CASTAÑO

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO

MEDELLÍN

2018

RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO Y TEORÍAS SOBRE TASACIÓN DE
PERJUICIOS

CLAUDIA FERNANDA MARTÍNEZ CASTAÑO

Trabajo de grado para optar al título de Magister en Derecho

Asesor

DRA. LAURA RESTREPO MADRID

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO

MEDELLÍN

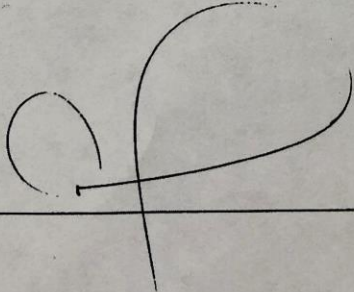
2018

Trece (13) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Claudia Fernanda Martínez Castaño

“Declaro que esta tesis (o trabajo de grado) no ha sido presentada para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o cualquier otra universidad” Art. 82 Régimen Discente de Formación Avanzada.

Firma



Contenido

Introducción	7
1. Responsabilidad disciplinaria por falta a la debida diligencia profesional: Artículo 37-1 Ley 1123 de 2007	10
El incumplimiento obligacional: obligación de medios y de resultado	10
La <i>lex artis</i> como obligación contractual. Su inobservancia genera responsabilidad contractual	13
Supuestos de negligencia en el cumplimiento de las obligaciones profesionales del abogado conforme a la jurisprudencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.....	16
2. La responsabilidad por el ejercicio de la abogacía por cuenta ajena.....	21
3. Teorías o criterios para la valoración de los daños e indemnización. Análisis de la doctrina Española y jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	28
Tasación de perjuicios	28
Teoría del pago total de interés debatido en la litis	30
Teoría de la pérdida de la oportunidad	32
Juicio de prosperabilidad o juicio sobre el juicio.....	34
Otros daños derivados del incumplimiento profesional: los gastos y costas procesales	36
Postura crítica acerca de las teorías empleadas en el sistema judicial español para cuantificar los perjuicios en los procesos de responsabilidad contractual del abogado.	37
Conclusiones	43
Referencias.....	45

Resumen

Este artículo hace un recuento de aquellas conductas con las cuales el abogado no solamente incurre en responsabilidad disciplinaria a la luz del Código Disciplinario del Abogado (Artículo 37-1), sino también contractual en relación con su cliente y el manejo que puede dársele a esta situación en el ejercicio de la abogacía por cuenta ajena, es decir, cuando se trata de bufetes de abogados. Se analiza la responsabilidad por culpa o negligencia del profesional del derecho estudiando la *lex artis* como obligación contractual, las teorías acogidas por la jurisprudencia y doctrina españolas para la valoración de los daños y su indemnización y finalmente el tema de la carga de la prueba en esta materia.

Palabras clave: Negligencia profesional, falta disciplinaria, responsabilidad disciplinaria, *lex artis*, responsabilidad civil, cuantificación del daño, tasación de perjuicios.

Abstract

This article discusses the conduct of lawyers that would give rise not only to disciplinary action under the Colombian Attorney Disciplinary Code (article 37 - 1), but also to actions for legal malpractice by their clients, and how this situation can be managed in the case of lawyers who work in a law firm. It covers the analysis of liability based on fault or negligence of the legal professional, taking into account the *lex artis* as a contractual

obligation, the theories accepted by the Spanish Jurisprudence and Doctrine concerning the assessment of compensation for damages, and finally it discusses the burden of proof in this matter.

Keywords: Professional negligence, disciplinary fault, disciplinary liability, *lex artis*, civil liability, assessment of damages, assessment of compensation.

Introducción

En la actualidad resulta de vital importancia abordar el tema de la responsabilidad civil del profesional en derecho, toda vez que va en aumento el número de graduados en esta área y lamentablemente no todas facultades forman profesionales con conocimientos sólidos y la suficiente idoneidad para enfrentar el amplio campo del derecho.

Acorde con información publicada por el Ministerio de Justicia y el Derecho (Ministerio de Justicia y el Derecho, 2016), para el 13 de abril de 2016 existían en Colombia: 183 programas de pregrado en derecho, 445 especializaciones, 114 de maestría y 11 de doctorado. Esto significa alrededor de 137.948 estudiantes, pero sólo el 72% recibe su formación en programas que cumplen con las condiciones de calidad exigidas para la obtención del Registro Calificado. De ahí que ante la excesiva formación de profesionales no siempre con la excelencia, conocimientos y la ética necesaria para el ejercicio del derecho, se avisa que en un futuro no muy lejano comenzarán a desatarse las demandas de responsabilidad contra abogados para el cobro de los perjuicios causados con un inadecuado ejercicio de la profesión, ya que hasta ahora, tal vez por falta de conocimiento y desarrollo sobre la materia, las personas han acudido únicamente a la jurisdicción disciplinaria, instancia en la que los usuarios la mayoría de las veces no considera satisfecha su inconformidad.

Se pretende con el presente trabajo de investigación hacer un recuento general de las diferentes conductas con las cuales el abogado puede incurrir en una falta a la debida

diligencia profesional acorde con el Estatuto del Abogado, específicamente por *Demorar la iniciación o prosecución de las gestiones encomendadas o dejar de hacer oportunamente las diligencias propias de la actuación profesional, descuidarlas o abandonarlas* (Ley 1123 de 2007, Artículo 37-1), y para ello se analizarán algunas sentencias obtenidas de la Relatoría de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -órgano de cierre en materia disciplinaria-, a partir de la expedición del Estatuto del Abogado en el mes de mayo de 2007.

Lo anterior resulta de vital importancia, porque lo pretendido es realizar un estudio de aquellas conductas susceptibles de reproche disciplinario, específicamente de negligencia profesional, las cuales no solamente dan lugar a una sanción disciplinaria, sino que pueden converger en una responsabilidad patrimonial respecto al cliente directamente afectado con la acción u omisión del togado y que es finalmente el legitimado para reclamar los perjuicios ocasionados en la jurisdicción ordinaria, toda vez que la acción disciplinaria es únicamente entre estado - abogado, en la cual no existe un espacio para el resarcimiento de los daños derivados del ejercicio profesional. Para ello, se repasarán los concepto de obligaciones de medio y de resultado, *lex artis* como el canon de diligencia exigible a los abogados.

Por otra parte, se analizará la posibilidad futura de presentar quejas y demandas contra bufetes de abogados atendiendo a lo establecido en el artículo 75 del Código General del Proceso que estableció la posibilidad de otorgar poder a una persona jurídica cuyo objeto social sea la prestación de servicios jurídicos.

Finalmente, como propósito fundamental del presente escrito, se analizarán las diferentes teorías desarrolladas por la jurisprudencia y doctrina española en lo atinente a la tasación de los perjuicios causados por el abogado en el ejercicio del contrato de prestación de servicios, con el fin de demostrar y sustentar que la Teoría de la Pérdida de Oportunidad es la que responde con mayor rigor y utilidad para cuantificar los perjuicios, superando a las demás como la del juicio sobre el juicio y el pago total del objeto debatido en la Litis.

Así, se busca proporcionar herramientas no solamente a los abogados, sino también a quienes imparten justicia, para que tengan un panorama más amplio de las posibilidades jurídicas existentes en otro ordenamiento sobre esta materia, dado que el Colombia aún es un área de la responsabilidad que no se ha desarrollado exhaustivamente a diferencia de otras profesiones como la médica o la construcción, en los que la jurisprudencia colombiana ha dado aplicación a la Teoría de la Pérdida de la Oportunidad como una forma de tasación del perjuicio causado.

**1. Responsabilidad disciplinaria por falta a la debida diligencia profesional: Artículo
37-1 Ley 1123 de 2007**

El incumplimiento obligacional: obligación de medios y de resultado

En los estudios acerca de la responsabilidad profesional del abogado, se ha establecido sin mayores elucubraciones que las obligaciones de estos profesionales son de medio, más no de resultado, entendiéndose que el deudor se compromete a actuar con la debida diligencia profesional y a realizar las labores necesarias encaminadas a alcanzar un determinado resultado; pero no se obliga como tal a obtenerlo.

En palabras del Dr. Philippe Le Torneau, se trata de una actividad, un comportamiento, un esfuerzo perseverante, tendiente a adoptar la actitud más propicia para aproximarse al objetivo buscado, teniendo en cuenta sus capacidades, las circunstancias y los conocimientos actuales de su oficio (Le Torneau, 2014). Ello obedece precisamente a que el resultado de una actuación judicial o administrativa puede concretarse en diferentes variables de acuerdo al devenir de cada proceso; así como al carácter aleatorio que tiene la obtención de un resultado favorable, que depende de múltiples circunstancias de forma y de fondo, y muchas veces de cuestiones opinables, cuyo resultado resulta imposible pronosticar (Arias Cáu, 2013). De manera tal que, el tema, por supuesto, adquiere relevancia en la carga de la prueba y las causales de exoneración de responsabilidad.

Se habla entonces que corresponde al abogado dirigir su comportamiento a ejecutar la gestión profesional con toda la diligencia y en este sentido, será necesario en cada caso en concreto analizar la conducta del togado y demostrar que el resultado –si bien no se obligó a

este-, privó a su cliente de la posibilidad de obtener un resultado conforme a sus expectativas, precisamente porque hubo de por medio una defectuosa actuación, desidia, negligencia o descuido en la ejecución de lo encomendado que necesariamente influyó en las resultas de la actuación.

El Estatuto Disciplinario del Abogado por su parte, establece que constituye un deber de los profesionales del derecho *“informar con veracidad las posibilidades de la gestión, sin crear falsas expectativas, magnificar las dificultades, ni asegurar un resultado favorable”* (Artículo 28-18, a)), consagrando como una falta a la lealtad con cliente el *“Garantizar que de ser encargado de la gestión, habrá de obtener un resultado favorable”* (Artículo 34-b). Esta normatividad hace énfasis una vez más en la distinción entre estas dos clases de obligaciones –medio y resultado-, prohibiendo expresamente al abogado el crear expectativas favorables para sus representados respecto a las resultas del encargo y por ello, sólo puede exigírsele un comportamiento que se encuentre enmarcado en la *lex artis ad hoc*.

El abogado no está obligado a la satisfacción del interés último del cliente, quien normalmente y como lo evidencia la práctica del derecho, no sólo espera de su abogado una actuación diligente y cuidadosa, sino que aspira siempre al éxito del pleito y el reconocimiento de las pretensiones, pese a que ese resultado no le es exigible al profesional precisamente porque es aleatorio o eventual y depende de la convicción del órgano jurisdiccional y no de forma exclusiva de la voluntad del abogado.

Ahora, pese a que las obligaciones de medio son la regla general cuando se habla de las obligaciones asumidas por los profesionales del derecho, es importante aclarar que en cualquier contrato de prestación de servicios habrá parciales y fragmentarios resultados exigibles (Blasco Pellicer & Serra Rodríguez, 2012), esto porque aún en las obligaciones de medio existe un mínimo resultado que consiste precisamente en que el togado debe realizar determinadas actividades encaminadas a lograr el beneficio pretendido por el acreedor (Tamayo Jaramillo, 2009, pág. 415); entre ellas, redactar el texto de demanda, presentar los escritos que den impulso al proceso y en muchos casos los recursos respectivos, actividades respecto de las cuales se dice excepcionalmente son obligaciones de resultado.

Ahora, con relación a las obligaciones de medios que asume el abogado, es importante destacar la naturaleza jurídica de la relación que media entre cliente-abogado, porque de allí se deriva el grado de diligencia y cuidado le compete y será el punto de partida para determinar en cada caso en concreto si hubo o no un incumplimiento contractual.

Particularmente en Colombia se habla de la existencia de un contrato de prestación de servicios, bien sea verbal o escrito, que normalmente se materializa con el otorgamiento de un poder para actuar o un mandato, casi siempre con representación, en los términos del artículo 2142 del Código Civil. Sin embargo, también es posible afirmar que los servicios profesionales de los abogados pueden enmarcarse en el arrendamiento de servicios inmateriales acorde a los lineamientos del artículo 2063 del Código Civil, precisamente porque se trata de asuntos en los que claramente predomina la inteligencia sobre la mano de obra por tratarse de una profesión liberal.

Cualquiera que sea la posición que se asuma, el abogado responde hasta la culpa leve en el cumplimiento de su encargo, toda vez que así lo prevé el artículo 2155 del C.C. que desarrolla las características del contrato de mandato, así como también el 2069 de la misma normatividad que regula el arrendamiento de servicios inmateriales y remite a las reglas de mandato en lo que no se encuentra expresamente regulado.

Corresponde a continuación, explicar con mayor detenimiento cómo debe entenderse la debida diligencia profesional con que se espera debe actuar un togado en desarrollo de la gestión encomendada, para evitar incurrir no solamente en falta disciplinaria, sino también en responsabilidad contractual frente a sus clientes.

La *lex artis* como obligación contractual. Su inobservancia genera responsabilidad contractual

Lo primero que debemos afirmar es que la conducta diligente que se exige al abogado está enmarcada no solamente por la normatividad que en materia de contractual establece nuestro Código Civil, sino también por las normas deontológicas de su profesión -Código disciplinario del abogado- que sirven de buena y estricta medida de su actuación (Monterroso Casado, pág. 9), de tal manera que aquel abogado que se aparta o comete una infracción de esos deberes deberá indemnizar los daños y perjuicios producidos por no actuar con la debida diligencia en la ejecución de la labor.

Corresponde entonces preguntarnos ¿cuál es el nivel de diligencia exigible al abogado en el desarrollo del asunto encomendado y qué debe entenderse por *lex artis*?

Ortega Reinoso (2014) repasa la definición que de este concepto ha realizado el Tribunal Supremo Español y que a nuestro criterio define con exactitud este concepto, como *“el patrón de comportamiento que en el ámbito profesional de la abogacía se considera revelador de la pericia y el cuidado exigibles para un correcto ejercicio de la misma, en cuanto responde a aquel nivel de conocimiento de los preceptos legales y de la jurisprudencia que los interpreta que resulta imprescindible para poder reclamar ante los Tribunales la tutela efectiva de los intereses legítimos de los ciudadanos”*.

Lo primero que hay que indicar es que desde el momento en que el abogado obtiene su título profesional o desde que recibe su tarjeta profesional de abogado se presume que se encuentra capacitado para ejercer la profesión y por ende puede exigírsele una actuación con el máximo celo y diligencia y el acatamiento de las normas deontológicas que lo regulan.

Como se explicó en precedencia, el abogado normalmente asume frente a su cliente una obligación de medios, de tal manera que este no será declarado responsable por el solo hecho de no alcanzar el éxito de la pretensión, pero sí le corresponde prestar su servicio con unos determinados niveles de calidad que son propios de la profesión de la abogacía y son esos niveles precisamente los que han denominado como *lex artis*, esto es, un mínimo de diligencia o pericia profesional exigible a todo abogado independientemente de su experiencia (Reglero Campos, s.f, pág. 29)

Si bien no es posible realizar un listado exhaustivo que defina exactamente aquellas conductas que debiera desplegar el abogado para entender que su conducta se encuentra

enmarcada dentro de los cánones de diligencia, si existen situaciones comunes y de constante ocurrencia que permiten al menos delimitar el alcance de esta definición (Martí Martí , La *lex artis* como obligación contractual).

Reglero Campos explica algunos de los deberes que le asisten al abogado y que permiten afirmar que ha actuado diligentemente o no en la defensa del asunto encomendado, es decir; conforme a la *lex artis*, todos ellos decantados por la jurisprudencia Española, tales como:

(i) Deber de información no solamente con carácter previo al litigio, sino durante la sustanciación del mismo y al momento de su finalización. Ello quiere decir que corresponde al abogado plantear no solamente la estrategia jurídica a desarrollar, expresando su franca y completa opinión acerca del asunto consultado o encomendado (artículo 34-a Ley 1123 de 2007), mantener informado al cliente durante la marcha del mismo y sobre la conveniencia o no de realizar determinada actuación, como también al finalizar la gestión si fueron desestimadas las pretensiones, con el planteamiento de otras posibles estrategias o acciones.

(ii) Deber de adecuada custodia de documentos y su entrega al finalizar la gestión profesional. Lo cual se encuentra ligado a su deber de lealtad y honradez que lo obliga a entregar a quien corresponde y a la menor brevedad posible, los documentos recibidos en virtud de la gestión profesional (Artículo 35-4 Ley 1123 de 2007).

(iii) Deber de conocimiento de la legislación y la jurisprudencia aplicables al caso, lo que incluye el deber de elegir razonablemente la interpretación más adecuada cuando existan varias y estas sean incluso contradictorias.

Si bien en Colombia no se cuenta con jurisprudencia sobre responsabilidad contractual de los abogados, porque no se ha decantado en sede de casación todo lo atinente a este asunto, en materia disciplinaria si se cuenta con suficientes decisiones que enmarcan los supuestos de negligencia del abogado y aquellas conductas que podrían también desembocar en responsabilidad civil precisamente por no actuar conforme a la *lex artis* exigible a estos profesionales, las cuales analizaremos a continuación:

Supuestos de negligencia en el cumplimiento de las obligaciones profesionales del abogado conforme a la jurisprudencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura

Es importante resaltar que la Ley 1123 de 2007 en su artículo 34-i establece que los abogados en ejercicio deben tener una debida preparación e idoneidad para ejercer la profesión, de tal manera que incurre también en falta disciplinaria quien acepte la gestión sin contar con los conocimientos necesarios para el asunto encomendado o careciendo de tiempo suficiente para asumirlo debido a un gran cúmulo de trabajo (Artículo 34-i), y así el descuido o negligencia fundamentado en la falta de conocimiento sobre un asunto en concreto, o en múltiples ocupaciones, no será considerado en ninguna manera como una causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria; por el contrario, esta normatividad demanda de parte de los profesionales del derecho una continua y mayor capacitación e idoneidad.

Con el fin de identificar aquellas conductas que cometen con mayor regularidad los abogados en el desarrollo de su ejercicio profesional, específicamente en la ejecución de un mandato y que pueden derivar en responsabilidad disciplinaria y en múltiples casos también responsabilidad contractual, corresponde analizar los supuestos de negligencia estudiados y sancionados por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura por la comisión de la falta a la debida diligencia profesional del artículo 37-1 por “*demorar, descuidar, abandonar, o dejar de hacer oportunamente las diligencias propias de la actuación profesional*” que si bien no son taxativos, si abarcan de manera general aquellas conductas que de manera reiterada son cometidas por abogados en el país, desatendiendo los asuntos encomendados y por ende los intereses de sus prohijados, muchas veces sin posibilidad de solución, causándoseles a estos un perjuicio que puede ser posteriormente reclamado por vía ordinaria en virtud de una acción por incumplimiento contractual.

• **No agotamiento del requisito de procedibilidad y abandono del proceso.** Rad. 050011102000201300214 01 MP María Mercedes López Mora (2014): El abogado no solamente no agotó el requisito de procedibilidad de conciliación pre procesal antes de dar inicio a un proceso para la terminación de contrato de arrendamiento con indemnización de perjuicios, sino que, además, rechazada de plano la demanda, no volvió a presentarla. Se le reprochó el hecho de dejar transcurrir 10 meses desde el rechazo de la demanda para allegar la conciliación requerida, en lugar de retirarla para dar continuidad a la gestión encomendada. Sanción: 2 meses de suspensión.

• **Falta de sustentación de recurso de casación.** Rad. 08001110200020100088201 / 3098 A MP José Ovidio Claros Polanco (2014): Se adelantó proceso ordinario laboral que desestimó en ambas instancias las pretensiones de la demanda. La abogada interpuso recurso extraordinario de casación, pero este fue declarado desierto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que no se presentó la demanda en el término oportuno. Si bien la disciplinada arguyó en su defensa que la razón por la cual se abstuvo de presentar la demanda fue porque no se le habían cancelado los honorarios para esta fase procesal y porque no había vuelto a saber de su cliente, la Sala desestimó sus argumentos al considerar que al no existir un contrato que limitara su actuación únicamente a la 1° y 2° instancia y por tratarse de un contrato cuota litis, no podía abandonar la gestión excusándose en el no pago de honorarios y menos en la supuesta pérdida de contacto con su cliente, en tanto que, como concedora de las consecuencias jurídicas de la inactividad, debió procurar el impulso oportuno del proceso. Sanción: Suspensión de 2 meses.

• **Inasistencia a audiencia.** Rad. 520011102000201000741 01/ AC M.P. José Ovidio Claros Polanco (2015): Se le reprochó al abogado, quien fungió como defensor contractual en un proceso penal que se adelantaba por el delito de concierto para delinquir agravado, su inasistencia a la audiencia de formulación de imputación que fracasó porque fue el único de otros 6 defensores que no se presentó, pese a estar debidamente notificado, no habiéndose admitido la excusa médica presentada por no corresponder a la fecha de la audiencia. Sanción: Censura.

• **Prescripción de la acción.** Rad. 630011102000201300149 01 M.P. Angelino Lizcano Rivera (2014): Los hechos se circunscribieron a que pese a que al abogado le había sido otorgado el poder desde el 28 de julio de 2009 para adelantar un proceso ordinario de responsabilidad civil contractual – contrato de seguro, negligentemente tan sólo presentó la demanda el día 29 de febrero de 2012, por lo que se declaró probada la excepción previa de prescripción de la acción contractual. Si bien el disciplinado adujo en su defensa que no le habían sido proporcionado los gastos necesarios para la elaboración de unos dictámenes médicos y que la historia clínica no había sido conseguida oportunamente, sumado a que varios conceptos médicos fueron en desfavor de su cliente, por lo que dudó en presentar la demanda, la Sala consideró que debió haberse abstenido de recibir el poder o haber renunciado al mismo, y toda vez que no lo hizo debía responder por el resultado producido en el proceso. Sanción: Censura.

• **Perención y desistimiento tácito:** Rad. 7300011102000201200677 01 M.P. Angelino Lizcano Rivera (2014): Se analizó la conducta del disciplinado, quien descuidó o abandonó el trámite de 5 procesos ejecutivos encomendados, e incumplió con diferentes cargas procesales, entre ellas, la de notificar a los demandados e incluso permaneció en total inactividad procesal, ocasionando que se declararan terminados los procesos por perención y desistimiento tácito, que prescribieran algunos de los títulos ejecutivos de los cuales se pretendía el cobro y se condenara en costas a su representada. Sanción: suspensión de 8 meses.

• **No presentación del recurso de apelación:** Rad. 05001110200020120006101/3404A M.P. Dr. Rafael Alberto García Adarve (2014): Se reprochó al abogado no solamente la inasistencia a la audiencia de juzgamiento en un proceso ordinario laboral, sino que como consecuencia de ello el abogado no presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que desestimó las pretensiones de su poderdante, privándola de la posibilidad de que fuera revisado el fallo por el superior. Si bien argumentó en la apelación del disciplinario que no había considerado viable presentarlo, lo que podría haber generado falsas expectativas a su cliente, se consideró que dicho argumento no coincidía con la versión libre del togado que adujo que por problemas familiares había descuidado el ejercicio, por lo cual la Sala confirmó la sanción de suspensión de 2 meses en el ejercicio de la profesión.

Con relación a este último supuesto, cabe traer a colación la reciente Sentencia proferida por el Consejo de Estado (Acción contractual de la Caja Agraria contra el Dr. Rodrigo Hernando Vargas Parra, 2015), decisión que por primera vez en esta sede desarrolla el tema de la responsabilidad contractual del profesional del derecho, en la cual se demandó reclamando como perjuicio el pago a que había sido condenada la entidad en un proceso ordinario laboral, con el argumento de la existencia de una falta de diligencia profesional por no haber presentado recurso de apelación contra el fallo de primera instancia desfavorable a sus intereses.

Se advirtió por la Sala que no solamente es necesario que la facultad de impugnar esté contenida en el mandato, sino también que existan instrucciones concretas y específicas

en tal sentido, las cuales deben estar debidamente probadas, para poder hablarse de una obligación exigible; de lo contrario, se permite al mandatario analizar y decidir aquello que a su juicio considere de mayor conveniencia para el asunto, sin incurrir en responsabilidad alguna, aclarándose con esto que no siempre el abogado está obligado a recurrir aunque así conste en el mandato, máxime porque el abogado siempre conserva la posibilidad de analizar en su sano criterio la viabilidad del recurso y los efectos desfavorables que puede tener sobre los intereses de su representado el prolongar el pleito, circunstancia que abre la puerta a nuevas discusiones acerca de la procedencia de la sanción disciplinaria que vienen imponiendo las Salas Jurisdiccional Disciplinarias y confirmándose por el Consejo Superior de la Judicatura en casos similares.

2. La responsabilidad por el ejercicio de la abogacía por cuenta ajena

Dentro de los deberes de los profesionales del derecho, el Código Disciplinario del Abogado estableció en su numeral 28:10 el siguiente:

“Atender con celosa diligencia sus encargos profesionales, lo cual se extiende al control de los abogados suplentes y dependientes, así como a los miembros de la firma o asociación de abogados que represente al suscribir contrato de prestación de servicios, y a aquellos que contrate para el cumplimiento del mismo”.

La expedición de la Ley 1123 de 2007¹, fue resultado del análisis del legislador en cuanto a la forma como estaba evolucionando el ejercicio de la abogacía y por ello debió regularse no solamente la responsabilidad individual, sino también la de los despachos colectivos de abogados y las diferentes formas de asociación que entre los profesionales pudieran darse, tema que resulta de interés no solamente en el tema disciplinario, sino que se extiende a la responsabilidad civil.

Con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, se abrió la posibilidad de conferir poder no solamente a uno, sino a varios abogados y también a personas jurídicas que tengan como objeto social principal la prestación de servicios jurídicos -Artículo 75 Ley 1564 de 2012-. En este último supuesto, para que un abogado pueda obrar en nombre del bufete en actuación judicial o administrativa, debe aparecer inscrito en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad.

La posibilidad que abre el nuevo Código General del Proceso cambia sustancialmente el ejercicio del litigio, especialmente en materia civil, en tanto hasta ahora ni siquiera cabía la posibilidad de tener un abogado suplente, lo que sí se permitía en otras áreas del derecho como el penal y esto resulta relevante en la forma como se concreta el servicio jurídico con su destinatario, específicamente en lo relacionado con la responsabilidad.

¹ 22 de enero de 2007

Ahora, las diferentes formas de vinculación entre abogados resultan importantes para determinar quién debe responder por los perjuicios causados en caso de negligencia o impericia en la ejecución de la prestación, toda vez que en múltiples oportunidades el cliente que acude a un despacho puede incluso no conocer al profesional o profesionales que finalmente se encargan del asunto en concreto, cuando inicialmente es atendido por quien está a la cabeza, quien posteriormente puede desentenderse o delegar lo pretendido.

Es posible entonces que el abogado que ejecuta la prestación haga parte de un Despacho de Abogados bien en virtud de un contrato de trabajo, de prestación de servicios o ejerciendo la profesión como representante legal o socio de cualquiera de las formas societarias admitidas por nuestro Código de Comercio, siendo necesario – para el caso que nos ocupa- que esté sometido a las directrices del bufete sobre cómo abordar las labores encomendadas, ya que es precisamente el despacho el que recibe directamente la utilidad y asume directamente las obligaciones a través de la celebración de un contrato.

Analizaremos a continuación el supuesto en que el abogado, estando facultado para actuar en representación de un Despacho Colectivo en cualquiera de las formas de vinculación ya mencionadas, causa algún perjuicio al cliente que contrató los servicios de la persona jurídica –el Despacho de Abogados-.

Inicialmente podría pensarse que conforme a la clasificación del derecho como profesión liberal, cada abogado de manera individual debería responder personalmente por los resultados lesivos que se derivan del ejercicio, como responde en materia disciplinaria.

Sin embargo, el panorama es diferente cuando se mira en la práctica, toda vez que no siempre el servicio se presta autónoma e independientemente, de tal manera que, cumplidos determinados requisitos, la responsabilidad se trasladará del profesional que ejecuta la prestación, al Despacho o bufete al que presta sus servicios.

Serra Rodríguez considera necesarios unos requisitos para que se de ese traslado de la responsabilidad, tales como (1) la existencia de una *relación de dependencia* -que no siempre es necesariamente laboral-, bastando la posibilidad de controlar técnicamente, vigilar y corregir la actividad encomendada, de tal manera que es el empresario el que asume el riesgo de prestar el servicio. (Serra Rodríguez, 2008)

(2) Una *conexión entre el cumplimiento de la obligación y el resultado dañoso* producido con el actuar u omisión del abogado, lo que se traduce simplemente en que los daños deben ser consecuencia necesaria de la ejecución de las órdenes o directrices impartidas.

(3) Otro de los elementos fundamentales para que la responsabilidad sea asumida por el deudor principal (bufete), es la existencia de una *actuación negligente o imperita del abogado dependiente* que supone la quiebra de los deberes de conducta impuestos en la *lex artis*, de tal manera que el daño está causalmente conectado con este comportamiento.

Cumplidos tales requisitos debemos preguntarnos cómo deben clasificarse los daños que provoca la actuación negligente o imperita del abogado que pertenece a un Despacho de Abogados, teniendo en cuenta que las obligaciones han sido asumidas desde el inicio por el

bufete y por ende, el daño o resultado lesivo a los intereses del cliente es consecuencia de un incumplimiento de los deberes u obligaciones esenciales derivadas del contrato, en cuya celebración y perfección no ha intervenido el causante del daño (Serra Rodríguez, pág. 14), es decir, el abogado que en cada caso en concreto demora, deja de hacer, descuida o abandona la gestión encomendada o contratada con el Despacho de Abogados y como consecuencia de ello se produce un resultado dañoso.

Se plantea entonces, cuál es el tipo de responsabilidad aplicable, si corresponde al abogado responder personalmente -y en virtud de qué tipo de responsabilidad- o al bufete por los daños causados por el togado, en virtud de una responsabilidad contractual o la extracontractual por el hecho ajeno consagrada en el artículo 2347 del Código Civil.

La respuesta es que, en tratándose de obligaciones de medios y dada la existencia de un contrato entre el Despacho y el cliente, la responsabilidad del Despacho de Abogados se enmarca en la responsabilidad contractual directa, basada en el incumplimiento de los deberes y obligaciones que le son propios, más no el incumplimiento del deber de vigilancia y cuidado respecto a los demás abogados que prestan sus servicios al bufete, en tanto, debe entenderse que en el ámbito de la responsabilidad profesional la elección de un profesional que reúna los requisitos académicos exigibles y que se halle debidamente inscrito, es suficientemente demostrativa de la diligencia empleada por el empresario (Serra Rodríguez, 2008, pág. 23), de tal manera que una vez seleccionado, el Despacho asume las consecuencias de los actos de aquellos que lo representan en la ejecución de la labor; sin que pueda exonerarse de responsabilidad aduciendo tal diligencia, porque establecida la culpa de quien

debía ejecutar el contrato, el deudor contractual no tiene ninguna forma de exoneración (Tamayo Jaramillo, 2009, pág. 661).

Sumado a lo anterior, porque al causarse un daño en el ejercicio de la actividad propia del objeto social, que no es otra que la prestación de servicios jurídicos, la responsabilidad derivada de una indebida actuación profesional del abogado representante, delegado o sustituto, constituye una deuda social de la que responde la sociedad con su patrimonio (Ortega Reinoso , 2013, pág. 7 y 8).

Si bien el abogado goza de cierta autonomía en el ejercicio de la gestión encomendada, la pertenencia al bufete -que es el que precisamente aparece como prestador del servicio- y el hecho de que este último sea el que asuma la totalidad de los riesgos que puedan derivarse del contrato y perciba la remuneración económica, es lo que lo hacen responsable del mismo.

En consecuencia, diremos que es la sociedad la que incurre en responsabilidad civil, concretamente contractual y el cliente, sobre quien recae el perjuicio, se convierte en el acreedor frente al Despacho de Abogados, independientemente de que la prestación sea llevada a cabo por un abogado de la firma. En palabras de (Tamayo Jaramillo, 2009) la culpa del tercero compromete automáticamente al deudor y se habla entonces de su propia culpa, porque la confianza depositada en el deudor se extiende a las personas por quienes fuere responsable de acuerdo a lo previsto en el artículo 1738 de nuestro Código Civil.

Lo anterior, sin embargo, no es óbice para que el cliente pueda ejercitar acción solo contra el abogado que causó el daño, en virtud de una responsabilidad civil extracontractual.

También es importante señalar que existen algunos supuestos en los que la relación de dependencia se rompe y esto ocurre en el momento en que el profesional de manera autónoma ofrece o presta servicios diferentes a los incluidos y que además no le reportan beneficio alguno al despacho al que pertenece, caso en el cual el abogado será el llamado a responder a título personal por los perjuicios causados. Esto porque la conducta dañosa originadora de responsabilidad de profesional se produce con total abstracción de la obligación contractual (Blasco Pellicer & Serra Rodríguez, 2012). Sucede lo mismo con aquel profesional del derecho que tenga la libertad de decisión técnica y establezca sus propios criterios de organización.

Finalmente, se debe diferenciar el ejercicio de la profesión por cuenta ajena que tiene como consecuencia la responsabilidad contractual directa como ya se explicó, de la simple agrupación de abogados en un sitio común que comparten instalaciones, instrumentos o materiales de trabajo y gastos, supuesto en el cual la responsabilidad será personal para el abogado causante del daño, sin que pueda afirmarse la existencia de vínculo contractual alguno con un Despacho de Abogados precisamente porque en este caso la voluntad de estos no es dar vida a un sujeto distinto y por lo tanto no existirá como tal un despacho colectivo, sino un ejercicio individual de la abogacía (Ortega Reinoso, 2013).

3. Teorías o criterios para la valoración de los daños e indemnización. Análisis de la doctrina Española y jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Tasación de perjuicios

Lo primero que debemos indicar para hablar de los perjuicios de los cuales debe hacerse cargo el abogado en el desarrollo de su ejercicio, es que no toda negligencia profesional genera de manera automática el derecho a una indemnización. Es necesario, como en cualquier otro tipo de responsabilidad, que se ocasione un perjuicio cierto y no uno eventual o hipotético; reiterando que el simple hecho de no haber alcanzado un resultado a favor de las pretensiones del poderdante no puede ser valorado como una presunción de culpabilidad (Reglero Campos, s.f, pág. 29).

Es importante destacar que en Colombia no se ha desarrollado por vía jurisprudencial ningún criterio para tasar los perjuicios que en material de responsabilidad civil contractual ocasiona el abogado. Lo anterior obedece a que en la actualidad no se presentan muchas demandas de este tipo, porque los usuarios limitan su actuación a la presentación de quejas disciplinarias en las que erradamente se elevan peticiones indemnizatorias, pese a que la jurisdicción disciplinaria no es la autoridad competente para ello. Sumado a lo anterior, las demandas que sí se presentan ante la jurisdicción civil no han llegado a sede de Casación, impidiendo así que nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala Civil estipule, determine o establezca – hasta ahora- los lineamientos para la tasación de perjuicios.

Por tal razón, para la elaboración del presente trabajo investigativo acudimos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español que desde hace varios años viene delimitando los criterios y las teorías que nos interesan y que va mucho más avanzado en el tema de la responsabilidad contractual del abogado, toda vez que la primera sentencia proferida con relación a este tema data del 20 de octubre de 1989 (RJ 6947) (Reglero Campos, s.f, pág. 23), por lo cual se han producido por dicho Tribunal gran cantidad de fallos que proporcionan algunos criterios que pueden resultar de utilidad para el tema que en Colombia apenas está desarrollándose. Tales criterios pueden ser acogidos por nuestro ordenamiento así como se ha hecho en otras especialidades a través de su desarrollo jurisprudencial, pero se reitera: es necesario que comiencen a desatarse pleitos lo suficientemente cuantiosos que permitan que estos asuntos sean revisados en sede de Casación para que se vaya trazando un criterio uniforme para resolver esta clase de asuntos.

Con relación al tema de la indemnización de perjuicios se ha decantado en nuestro país lo relacionado con aquellos causados por otros profesionales liberales, tales como los constructores o los médicos. Específicamente en esta última especialidad los daños ya han sido cuantificados y la jurisprudencia ha valorado diferentes factores para determinar el importe exacto de la indemnización reparadora, tales como: las secuelas sufridas, los costos en que incurre la persona para su corrección, la edad, los efectos psicológicos, el sentimiento de dolor y los efectos o incidencias en su vida social y familiar.

Corresponde entonces preguntarnos, si así como en la responsabilidad médica el profesional de la salud debe responder por la frustración de las legítimas expectativas del

paciente, ¿el abogado debería entonces responder cuando su cliente no halla exitosas sus pretensiones? ¿es correcto aplicar la denominada teoría del pago total de interés debatido en la Litis? ¿podría afirmarse que el valor del perjuicio es equivalente al valor total de la pretensión no conseguida, o es simplemente un daño moral por no haber tenido la oportunidad de conseguirlo?

Teoría del pago total de interés debatido en la litis

Dentro de las vertientes que se han originado en España, existe una desarrollada alrededor de los años 90' que considera que hay lugar a hablar de una equivalencia entre la suma cuya obtención se vio frustrada en la actuación procesal y para ponderar el daño debe establecerse una relación entre el valor del objetivo que no pudo alcanzarse por la culpa o negligencia del abogado y el de la frustración de no haberlo obtenido, entendiéndose que existe un *lucro cesante* por la ganancia dejada de obtener que debe ser indemnizado (Martí Martí, La cuantificación del daño, s.f).

No compartimos tal postura y consideramos que no es viable imputársele al abogado el valor total de la pérdida de los intereses en litigio y que la cuantía de la insatisfacción deba coincidir con la condena resarcible, precisamente porque el resultado del proceso está sujeto a múltiples eventos que dependen no solo del abogado, sino de la actividad desplegada por la contraparte y, por supuesto, del órgano judicial encargado de definir la litis. Tratándose de una simple posibilidad de haber obtenido el éxito de las pretensiones, resulta complejo que el abogado deba asumir como indemnización el valor total del interés y de aceptar esto, se abriría la puerta a que los clientes opten fácilmente por demandar al profesional haciéndolo

responsable de una indiligencia, para así satisfacer la totalidad de sus intereses sin la necesidad de verse enfrentado a oposición alguna de la contraparte como en la litis de origen y además no se estudiaría el asunto de fondo para determinar su viabilidad (Martí Martí, La cuantificación del daño, s.f).

No es posible entonces imputar directamente el daño al abogado, al entender que hay un paso intermedio que salvar y no se puede saber a ciencia cierta el resultado definitivo del pleito principal y la repercusión de la *lex artis* si esta hubiera sido la correcta (Martí Martí, La responsabilidad <<objetiva>> del abogado en el ejercicio de su profesión, s.f).

En Colombia, si bien no se han desarrollado teorías para la tasación de perjuicios en la materia que nos ocupa, si existe un principio de rechazo de la *Teoría del pago total del interés debatido en la litis* y se plasmó en la ya mencionada Sentencia del Consejo de Estado (Acción contractual de la Caja Agraria contra el Dr. Rodrigo Hernando Vargas Parra, 2015), en la que se realizó una reflexión acerca del método de liquidación propuesto por la parte actora y se afirmó que la sola falla de presentación de un recurso de apelación en el proceso laboral, no llevaba indefectiblemente a determinar un perjuicio equivalente a la condena en el mismo, ni siquiera en el supuesto de la culpa del abogado por falencia en el control de los términos de ejecutoria.

Además de esta teoría -ya descartada-, se han desarrollado otras dos teorías fuertes con relación al tema de la tasación de perjuicios denominadas Teoría de la Pérdida de la Oportunidad y Teoría de Prosperabilidad o Juicio Sobre el Juicio. Ambas determinan que el

perjuicio a indemnizar es el derecho a una tutela judicial efectiva; es decir, haber sido privado del derecho a acceder a la justicia a la que tenía derecho, en condiciones que se consideran normales del ejercicio de la profesión de abogado y se subsume en la noción de daño moral (Martí Martí, La responsabilidad <<objetiva>> del abogado en el ejercicio de su profesión, s.f).

La diferencia entre estas es la forma como se cuantifica ese daño moral, tal como veremos a continuación.

Teoría de la pérdida de la oportunidad

Es importante resaltar que para hablar realmente de un perjuicio causado, es necesario que la acción o el proceso que se vio frustrado por el actuar indiligente o descuidado del abogado no pueda ser adelantado nuevamente; en palabras de Martí Martí, que el asunto haya hecho tránsito a cosa juzgada y por lo tanto, que la pretensión no pueda ser de nuevo valorada y examinada (Martí Martí, La llamada pérdida de la oportunidad del cliente, s.f).

Para el Tribunal Supremo Español, una vez se ve frustrada de manera definitiva la posibilidad de acceder a la administración de justicia, lo que se indemniza es la pérdida indebida de la oportunidad procesal para el cliente, pero en todo caso, no hay lugar a sostener que la sola desestimación de las pretensiones del pleito generen automáticamente un daño resarcible.

Se afirma en esta teoría que no es viable entrar a discutir al interior del proceso de responsabilidad civil cómo habría concluido el proceso de no haber mediado el error o la

negligencia del togado, precisamente porque ello suponía adentrarse en elucubraciones nada posibles de determinar (Martí Martí, La llamada pérdida de la oportunidad del cliente, s.f). No hay lugar a plantearse la posibilidad de éxito o fracaso en el proceso encomendado, porque para ello sería necesario acudir a simples conjeturas, hipótesis o especulaciones y por ello, se establecen las indemnizaciones con importes sustentados en una condena por un daño moral por la privación del derecho de acudir a la administración de justicia, que se fundamenta en que el abogado ha privado a su cliente de la posibilidad de obtener un determinado beneficio.

Esta teoría entiende la dificultad de adentrarse en el asunto de fondo inicialmente delegado al profesional del derecho, precisamente porque en el proceso de responsabilidad no se darían los mismos presupuestos que sí podrían haberse dado en el pleito, tales como enfrentarse a la contraparte y su defensa, a la proposición de excepciones, recursos, la práctica de pruebas y el manejo de la estrategia defensiva, sumado a que el abogado no puede hacerse responsable de los actos del órgano judicial que puede o no acoger los argumentos formulados en la defensa encomendada, aspectos estos que impedirían que la cuantificación del daño fuera exacta.

Por tal razón, para esta vertiente, la cuantía de la indemnización siempre se fija basado en una subjetiva apreciación de lo que le ha causado al cliente el haber sido privado de la posibilidad de éxito, de la posibilidad de obtener; es decir, como un daño moral (Martí Martí, La llamada pérdida de la oportunidad del cliente, s.f).

La crítica a esta teoría, son los problemas que pueden presentarse al momento de la cuantificación, toda vez que esta puede variar de un caso a otro sin razón alguna, al atender únicamente a los criterios que en cada caso en concreto adopte cada juzgador.

Juicio de prosperabilidad o juicio sobre el juicio

A partir de la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 4 de junio de 2003, se produjo un cambio significativo en la forma de entenderse el tema de la tasación de perjuicios ya que hasta ese entonces no había lugar a que en el proceso de responsabilidad civil contra el abogado se analizara de fondo la viabilidad del asunto que le fuere inicialmente encomendado; sin embargo, con esta providencia se abrió la posibilidad de acudir a criterios de *verosimilitud* y *probabilidad* para determinar si el desenlace del proceso le habría representado al cliente una mejor condición.

Al igual que en la teoría anterior, lo que se indemniza es el daño moral que se ha causado al cliente al privarlo de una tutela judicial efectiva, pero para cuantificar el perjuicio se tienen en cuenta diferentes aspectos tales como (i) la prosperabilidad de la acción, (ii) la cuantía de la pretensión y (iii) otras cuestiones subjetivas (Martí Martí, s.f).

Se realiza al interior del proceso de responsabilidad un juicio para determinar cuál habría sido el resultado del pleito encomendado al togado de no haber mediado una actividad profesional negligente y la indemnización guardará relación con el grado de probabilidad de que la pretensión del cliente hubiera prosperado (Reglero Campos, s.f, págs. 41-42). Para ello se deben atender criterios estadísticos en asuntos similares y el valor de la indemnización que

deberá asumir el abogado dependerá exclusivamente de los criterios de ponderación utilizados por el Juez y está será mayor o menor según la probabilidad de éxito que se determine en el juicio de responsabilidad.

En palabras de Monterroso Casado habrá de realizarse un estudio sobre la omisión del abogado, las consecuencias de su actuar y las posibilidades denegadas a su poderdante. (Monterroso Casado, 2005)

Como resultado de ese juicio, la condena al abogado equivaldrá en una mayor o menor medida a un porcentaje del interés debatido en la litis de acuerdo a ese porcentaje o dosis de probabilidad de éxito de la pretensión y será el Juez quien la determine después de analizar la pretensión frustrada y recrear la solución que el entonces órgano competente le hubiese dado al asunto.

Para Crespo Mora esta teoría busca calcular la indemnización del daño, que no es otro que precisamente la pérdida de la oportunidad y para ello se realiza un juicio imaginario para establecer si la pretensión habría sido o no estimada y basado en porcentajes de prosperabilidad ha de calcularse su porcentaje, dejando así menos margen a la arbitrariedad. (Crespo Mora, 2006)

A diferencia de la Teoría de la Pérdida de la Oportunidad inicialmente entendida como un daño moral por vulneración a la tutela judicial efectiva, esta jurista aclara que es necesario que la acción frustrada tuviera alguna posibilidad de éxito, porque si se trata de una

actuación judicial con escasas o nulas probabilidades de éxito, no hay lugar a hablar de la pérdida de oportunidad alguna y por ende, ningún daño cierto.

Esta teoría tiene como desventajas que no existen en España, mucho menos en Colombia, criterios claros rectores del perjuicio ni siquiera a título orientativo, sumado a que los jueces encargados de fallar los procesos de responsabilidad se verán obligados a analizar materias muy alejadas de su competencia al momento de realizar el *juicio sobre el juicio*, además de ello, se presenta otra problemática relacionada con los grandes costos que representaría realizar tal actividad probatoria (Gómez Pomar, 2003).

Otras de las dificultades de aplicar esta teoría, es que realmente se logre recaudar de manera idéntica todo el material probatorio propio del juicio inicial, lo que muchas veces depende de la actividad de la contraparte, no se contaría con la parte demandada que ejercería mal o bien una defensa técnica, proponiendo excepciones, recursos, incidentes; entre otros, por lo que ese juicio imaginario podría suponer en muchos casos una revisión distorsionada por falta de alegaciones de las partes y de contradicción entre estas, lo que arrojaría un pronóstico ficticio, en tanto sólo es el resultado de una reproducción imaginaria – aunque aproximada- de lo que podría haber sido el proceso de no haber mediado la indiligencia profesional atribuible al abogado (Crespo Mora, 2006).

Otros daños derivados del incumplimiento profesional: los gastos y costas procesales

Esta posición no tiene mayores dificultades toda vez que claramente el abogado deberá responder patrimonialmente en un proceso de responsabilidad civil no solamente por

el perjuicio moral por su negligencia profesional, sino también por aquellos gastos procesales cubiertos por su cliente al interior del proceso encomendado, así como por la condena en costas y agencias en derecho que haya cancelado efectivamente y que se presenten debidamente acreditados, los cuales serán reconocidos como un daño emergente. (Crespo Mora, 2006)

Postura crítica acerca de las teorías empleadas en el sistema judicial español para cuantificar los perjuicios en los procesos de responsabilidad contractual del abogado.

Al momento de plantearnos el problema jurídico a resolver con el presente investigativo, pretendíamos respondernos si la Teoría de la Pérdida de la Oportunidad tal como había sido desarrollada inicialmente por la jurisprudencia Española en materia contractual del abogado, respondía de manera suficiente al tema de la tasación de perjuicios. No obstante, de la revisión de la jurisprudencia y doctrina en la materia se advierte que esta teoría por sí sola no satisface en debida forma el tema, porque plantea que es únicamente el Juez -con base en su propio criterio y autonomía- quien debe establecer el monto de la indemnización sin atender en detalle a las condiciones y circunstancias de la actuación judicial encomendada al abogado y a las probabilidades de éxito de las pretensiones del cliente, lo que a nuestro criterio resulta gaseoso para sentar precedentes importantes.

La Teoría de la Pérdida de la Oportunidad en Colombia ha sido desarrollada ampliamente por la jurisprudencia, especialmente en los procesos de responsabilidad médica – sanitaria, en los cuales el paciente se ve privado de la posibilidad de recuperar la salud o de rechazar el sometimiento a un procedimiento riesgoso. En Sentencia del 11 de agosto de

2010, la Sección Tercera del Consejo de Estado con ponencia del Magistrado Mauricio Fajardo Gómez estableció que *“La pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta éste que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.”*

A su vez, señaló que *“el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino.”*

Tales apartes de la jurisprudencia resultan útiles para el tema que nos ocupa, precisamente porque de ellas se extrae que, a diferencia de España donde se cuantificaron los perjuicios por mucho tiempo basados en la Teoría de la Pérdida de la Oportunidad, pero con

fundamento en criterios de los operadores judiciales para cada caso en concreto y negándose a analizar las probabilidades de éxito de las pretensiones debatidas en el proceso encomendado al abogado, en Colombia se ha planteado entendiendo que sí es necesario analizar lo que habría ocurrido en el proceso de no haberse presentado una negligencia profesional; es decir, adopta también la Teoría del Juicio sobre el Juicio.

Lo anterior, se deduce de la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera del 31 de mayo de 2016 (C.P. Rojas Betancourth) proferida en un proceso de reparación directa contra La Nación - Rama Judicial, la que si bien no fue proferida en un fallo de un proceso de responsabilidad contractual contra un profesional del derecho, evidencia que nuestra jurisprudencia ya introdujo en nuestro Sistema Colombiano ambas teorías para la tasación de perjuicios y seguramente será desarrollada en el futuro para el tema que nos interesa y es por ello que nos acogemos a esta, como se explicará más adelante.

En este proceso, el actor pretendía que se le indemnizaran los perjuicios causados por las entidades demandadas con la declaratoria de la prescripción de la acción al interior de un proceso penal, que impidió que las víctimas lograran el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con el delito que habían solicitado al interior de este y que por el paso del tiempo, tampoco pudieron adelantar ante la jurisdicción civil de manera independiente.

La Sala estableció los requisitos para considerar la pérdida de la oportunidad como un daño indemnizable: (i) certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde,

aunque la misma envuelva un componente aleatorio, (ii) imposibilidad definitiva de obtener el provecho o evitar el detrimento y (iii) debe analizarse si para el momento del hecho dañino, la víctima se encontraba en una situación fáctica y jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba.

La Sala consideró que el daño causado al demandante no consistía en la afectación de su derecho a recibir la indemnización que pretendía en el proceso penal, sino que se trataba de la *pérdida de la oportunidad* de haber percibido aquél resarcimiento, el cual se pudo haber otorgado si se hubiera adoptado una decisión de fondo en lugar de haberse declarado la prescripción de la acción penal. Para efectos de la cuantificación de la indemnización, aclaró que *“el truncamiento de una oportunidad de percibir un beneficio o de evitar un menoscabo difiere de la afectación de un derecho o de un interés consolidado, en el sentido de que tiene una entidad inferior a éste y por lo tanto, su violación acarrea en todos los casos una menor indemnización”*.

A continuación realizó todo un análisis para desvirtuar que hubiese lugar a indemnizar el valor total del interés debatido en la litis y aclaró que el modo de reparación de daños antijurídicos derivados de vulneraciones a expectativas legítimas se debía enmarcar dentro de los parámetros de la oportunidad pérdida.

Para cuantificar esa oportunidad perdida, la Sala procedió a analizar cómo se había desarrollado el proceso penal, considerando que efectivamente la víctima se había constituido como parte civil y que los medios probatorios obrantes en el plenario, permitían concluir que

existía una alta probabilidad de que se hubiese declarado penalmente responsable al procesado de haberse tramitado el proceso penal en el tiempo previsto por la ley.

Para arribar a esa conclusión, se valoraron al interior del proceso de reparación directa todas las pruebas que se habían practicado en el proceso penal, tales como los testimonios, dictámenes periciales, dos sentencias que se habían proferido en el proceso declarando penalmente responsable al procesado y que habían sido declaradas nulas, la existencia de una póliza de responsabilidad que hubiese cubierto los daños, así como también se analizó que aún de haberse practicado unas pruebas solicitadas por la defensa y que por omisión del Despacho nunca fueron decretadas, estas no habrían tenido mayor impacto en el proceso. Se concluyó que las pruebas obrantes en plenario permitían concluir que se encontraran demostrados los elementos constitutivos de la conducta punible y su imputación para el surgimiento de las condena penal y civil y por ende declaró patrimonialmente responsable al Estado por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia al haberse producido una serie de irregularidades por parte del operador judicial que tuvieron como consecuencia una dilación en el trámite y tasó las probabilidades de éxito en el equivalente al 75% del valor del monto indemnizatorio.

Esta sentencia abre la puerta al tema de la indemnización de perjuicios por pérdida de la oportunidad, en materias diferentes a las anteriormente desarrollados por la jurisprudencia, permitiendo entonces que se abra el camino para la discusión que habrá de generarse cuando empiecen a fallarse los procesos de responsabilidad contractual del abogado, porque establece que sí es necesario para efectos de una aproximada y acertada

indemnización en los casos en los que se pierde una expectativa, adentrarse en todas las posibilidades que al interior del pleito inicialmente planteado podían darse, para establecer el monto de la indemnización; es decir, desarrolla de manera conjunta la pérdida de la oportunidad y el pleito sobre el pleito ya exhaustivamente desarrolladas en el sistema judicial español.

Conclusiones

Podemos concluir, que si bien Colombia no ha desarrollado jurisprudencial, ni doctrinalmente el tema de la indemnización de perjuicios en materia de responsabilidad contractual del profesional del derecho, no nos encontramos muy apartados de la jurisprudencia española y se advierte que nuestro ordenamiento ha importado algunos de los criterios que allí han sido largamente estudiados y debatidos tanto en los estrados judiciales, como por los estudiosos del derecho.

Hemos constatado que no será suficiente la autonomía judicial para efectos de establecer el quantum indemnizatorio con fundamento únicamente un daño moral por pérdida de la oportunidad fundamentado en la violación al derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que de ser así, los fallos proferidos estarían fundamentados de diferente manera y basados en la apreciación subjetiva del juez para cada caso en concreto, sin que medien criterios o derroteros claros para ello, pudiendo llegarse incluso a la arbitrariedad.

Por tal razón, de la mano de la aplicación de la Teoría de la Pérdida de la Oportunidad, es necesario aplicar también la Teoría del Juicio sobre el Juicio, la cual si bien trae consigo algunas dificultades para el trámite del proceso de responsabilidad al tener que reproducirse en su integridad las pruebas practicadas en la litis inicialmente encomendada al abogado, como también aquellas que dejaron de practicarse y aún con la imposibilidad de contar con una contraparte que ejerza la defensa y controvierta las decisiones de Juez a través de nulidades y recursos, únicamente con esto podrá por lo menos determinarse el perjuicio de

la forma más aproximada posible, estableciendo las probabilidades de éxito de las pretensiones basados en la reproducción de aquel juicio que de haberse adelantado con la suficiente diligencia y pericia, hubiese colmado en alguna manera las expectativas del cliente. Aunque exista cierto grado de especulación e incertidumbre, la aplicación de criterios estadísticos y el análisis de las diferentes posibilidades es lo que permite el acercamiento más próximo a la verdadera cuantificación del perjuicio causado.

Referencias

- Asensi Pallarés , E., & Cid-Luna Clares , I. (2013). La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*(8), 228-239.
- Acción contractual de la Caja Agraria contra el Dr. Rodrigo Hernando Vargas Parra, 25000233100020060013101 (Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera Subsección A 25 de Marzo de 2015).
- Álvarez Pérez, A. O. (2011). La responsabilidad civil del abogado y su aseguramiento. *Revista Instituto Colombiano de derecho procesal*(37).
- Ar. 4962 (Sentencia Tribunal Supremo 30 de 7 de 2007).
- Arias Cáu, E. J. (27 de Noviembre de 2013). Algunas reflexiones sobre la responsabilidad civil en las profesiones liberales (con especial detenimiento en el ámbito responsabilizatorio del abogado). *Microjuris, MJD 6523*.
- Blasco Pellicer, Á., & Serra Rodríguez, A. (2012). El trabajo profesional de los abogados.
- Botero Bernal, A. (2003). La metodología documental en la investigación jurídica. Alcances y perspectivas. *Opinión Publica: Revista de la facultad de derecho de Universidad de Medellín*, 109-116.
- C.P. Rojas Betancourth, D. (s.f.). Proceso de reparación directa promovido por Edilberto Piedrahita Tenorio contra La Nación - Rama Judicial. 63001-23-31-000-2003-00261-01(38267).
- Courtis , C. (2006). El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En C. Courtis (Ed.), *Observar la Ley* (pág. 413). Madrid, España: Editorial Trotta.
- Crespo Mora, M. C. (2006). La responsabilidad civil del abogado en el derecho español: perspectiva jurisprudencial. *Revista de Derecho Universidad del Norte*(25), 259-287.
- Gómez Pomar, F. (Julio de 2003). Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral. Comentario a la STS 8-04-2003. *Indret*.

Hoyos Botero, C. (2000). *Un modelo para investigación documental*. Medellín: Señal Editora.

Investigación disciplinaria contra, 52001110200020100074101/AC (Sala Disciplinaria Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia 23 de Septiembre de 2015).

Investigación disciplinaria contra Jorge Enrique Restrepo Echeverri, 05001110200020130021401 (Sala Jurisdiccional Disciplinaria Consejo Superior de la Judicatura de Antioquia 1° de Octubre de 2014).

Investigación disciplinaria contra José Gabriel Hernández, 05001110200020120006101/3404 (Consejo Superior de la Judicatura 26 de Agosto de 2014).

Investigación disciplinaria contra Maryi Regina Rodríguez Mendez, 08001110200020100088201/3098A (Sala Disciplinaria Consejo Superior de la Judicatura 03 de Diciembre de 2014).

Investigación disciplinaria contra Yensin Orozco González, 63001110200020130014901 (Consejo Superior de la Judicatura 03 de Diciembre de 2014).

Le Torneau, P. (2014). *La Responsabilidad civil profesional* (Segunda ed.). (J. Tamayo Jaramillo, Trad.) Legis.

Martí Martí, J. (s.f.). La *lex artis* como obligación contractual.

Martí Martí, J. (s.f.). 79-91.

Martí Martí, J. (s.f.). La llamada pérdida de la oportunidad del cliente. 79-91.

Martí Martí, J. (s.f.). La responsabilidad <<objetiva>> del abogado en el ejercicio de su profesión.

Martí Martí, J. (s.f.). La cuantificación del daño. 117-129.

Ministerio de Justicia y el Derecho. (10 de Julio de 2016). *Minjusticia*. Obtenido de <http://www.minjusticia.gov.co/Noticias/TabId/157/ArtMID/1271/ArticleID/2296/En-Colombia-tres-de-cada-10-abogados-se-forman-en-programas-acad233micos-con-acreditaci243n-de-alta-calidad.aspx>

- Monterroso Casado, E. (2005). La responsabilidad civil del abogado: criterios, supuestos y efectos. *Saberes*, 3, 1-28.
- Ortega Reinoso , G. (Septiembre de 2013). Despachos de abogados, sociedades, profesionales, socios, colaboradores, auxiliares, sustitutos ¿quién responde? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*(739), 3153-392.
- Ortega Reinoso, G. (Septiembre de 2014). Contenido obligacional del contrato de servicios del abogado. Un repaso jurisprudencial. *Revista Jurídica de Castilla y León*(34), 1-43.
- Reglero Campos, L. (s.f.). La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista de responsabilidad civil y seguro*, 22-44.
- Rodriguez, A. W. (2008). *Diccionario Latín Jurídico, Locuciones latinas de aplicación jurídica actual*. Buenos Aires: Editorial García Alonso.
- Sautu, R., Boniolo, P., Dalle , P., & Elbert, R. (2005). La construcción del marco teórico en la investigación social. En *Manual de metodología. Contrucción del marco teórico, formulación de los objetivos y elección de la metodología* (págs. 29-81). Buenos Aires: CLACSO.
- Serra Rodríguez, A. (Julio de 2008). El régimen de responsabilidad civil derivada del ejercicio de la abogacía por cuenta ajena. *InDret*.
- Tamayo Jaramillo, J. (2009). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Vol. I). Bogotá D.C., Colombia: Legis.
- Undurraga Sutton, F. (2006). Análisis de la responsabilidad civil del abogado. Santiago de Chile.