

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO Y SU ASEGURAMIENTO

Andrés Orión Álvarez Pérez

Abogado Universidad de Medellín, Especialista en Derecho Público Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho de Seguros Pontificia Universidad Javeriana, docente Universidad de La Sabana, Miembro fundador del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, IARCE. Director de la revista Responsabilidad Civil y del Estado.

Dirección: Carrera 43A No. 7-50A, Oficina 313
Centro Empresarial Dann, Medellín. aorion@aoa.com.co
Tel. (4) 311 43 91

Resumen

El presente artículo realiza un análisis de la responsabilidad del abogado frente a su cliente, de acuerdo con las obligaciones derivadas del contrato de mandato. Se refiere específicamente a los abogados que se desempeñan como litigantes, asesores o consultores. El texto parte del estudio de la Ley 1123 de 2007, por medio de la cual se actualiza el régimen disciplinario del abogado, para resaltar en éste la referencia al concepto de idoneidad del profesional del derecho. Posteriormente explica las características del contrato de mandato entre el abogado y su cliente, y sus principales obligaciones, algunas de medio y otras de resultado, y detalla algunos casos específicos en los cuales el profesional del derecho puede incurrir en responsabilidad civil, así como la forma y mecanismos de cuantificación del daño. Por último, se realiza un análisis del aseguramiento de la responsabilidad civil del abogado, se citan algunas condiciones generales del mercado asegurador colombiano, y se hace referencia específica a las coberturas, partes del contrato, exclusiones, y causales de nulidad, entre otros.

Palabras clave: Responsabilidad del abogado. Régimen disciplinario del abogado. Contrato de mandato. Obligaciones de medio. Obligaciones de resultado. Aseguramiento de la responsabilidad civil del abogado.

Abstract

This article analyzes the attorney's responsibility towards his client, in agreement with the obligations resulting from the power of attorney. It specifically refers to the lawyers who work as litigators, advisors, or consultants. The text begins with a study of the Law 1123 of 2007, which updates the attorneys' disciplinary regulations, in order to highlight the references these regulations contain about the concept of suitability of the legal professional. It then explains the characteristics of the power of attorney between the lawyer and his client, as well as the main obligations—both of means and results—, and describes some specific cases in which the legal

professional may fall in civil responsibility, as well as the forms and mechanisms of damage quantification. Finally, this article analyzes the assurance of the attorney's civil responsibility, mentions some general conditions of the Colombian insurance market, and makes specific references to aspects such as coverage, parts of the contract, exclusions, and causes of nullity, among others.

Keywords: Attorney's responsibility. Attorney's disciplinary regulations. Power of attorney. Obligations of means. Obligations of result. Attorney's assurance.

“... la obligación del abogado, de indemnizar los daños y perjuicios, ha de surgir de la omisión de la diligencia debida en la prestación de sus servicios profesionales atendidas las reglas técnicas de su especialidad, comúnmente admitidas y las particulares circunstancias del caso, teniendo en cuenta que una vez acreditado el nexo causal entre la conducta del letrado y la realidad del daño, emergerá la responsabilidad de aquel y su obligación de repararlo, sin que por lo general, ese daño equivalga a la no obtención del resultado de la pretensión confiada o reclamación judicial: eventos de futuro que, por su devenir aleatorio al concurso no solo de una diligente conducta sino del acierto en la correspondencia del objetivo o respuesta judicial estimatoria, escapan o distorsionan una arriesgada estructuración”.

Sentencia del Tribunal Supremo Español, 1ª, 23.5.2001, RJ 3372, M.P. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, citada por Ricardo de Angel Yagüez, en su artículo “La Responsabilidad Civil del Abogado”, publicado en INDRET. Revista para el análisis del derecho, N.º 1, 2008.

TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN
2. NUEVO RÉGIMEN DISCIPLINARIO. Ley 1123 de 2007
3. VÍNCULO CONTRACTUAL
4. NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES
 - 4.1 Obligaciones de medio y obligaciones de resultado
 - 4.2 Análisis respecto del profesional litigante y del asesor
5. ALGUNOS CASOS ESPECÍFICOS DE RESPONSABILIDAD
 - 5.1 Vencimiento de términos
 - 5.2 Prescripción o caducidad de la acción
 - 5.3 Desistimiento tácito (Ley 1194 de 2008)
 - 5.4 Perención en procesos ejecutivos (Ley 1285 de 2009)
 - 5.5 Desconocimiento del deber de información
 - 5.6 No solicitar la práctica de pruebas conducentes para la causa
 - 5.7 No asistir a la práctica de pruebas
 - 5.8 No recurrir la sentencia cuando esta sea desfavorable
 - 5.9 Inadecuada estructuración de las pretensiones
 - 5.10 Inadecuada formulación de excepciones o medios de defensa
 - 5.11 No hacer uso de la facultad procesal de denunciar el pleito o llamar en garantía
 - 5.12 Inasistencia a la audiencia de conciliación
 - 5.13 Inadecuada asesoría frente a la conciliación
6. FORMAS DE CUANTIFICAR EL DAÑO
 - 6.1 Teoría de la pérdida de la oportunidad o *chance*
 - 6.2 Pago del interés total que se representaba en el proceso
 - 6.3 Juicio de “*prosperabilidad*”, o juicio del juicio
 - 6.4 Daño moral
7. ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO
 - 7.1 Coberturas
 - 7.2 Partes del contrato de seguro
 - 7.3 Declaración de asegurabilidad
 - 7.4 Exclusiones
 - 7.5 Modificación posterior de la cobertura
 - 7.6 Nulidad del contrato de seguro

1. INTRODUCCIÓN

Consideramos con este pequeño e introductorio ensayo sobre el tema, que es hora de iniciar un debate serio en Colombia, más aun al interior de organizaciones académicas con trayectoria, como la del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, para entrar en un tema poco explorado, con escasa doctrina y jurisprudencia nacional al respecto, cuando está suficientemente decantada la doctrina y la jurisprudencia sobre responsabilidades especiales, tales como la médica, del

constructor, del intermediario de seguros, del comunicador social, del Estado por diversas formas de imputación, del administrador, del servidor público, del empleador, en fin, un sinnúmero de responsabilidades especiales que han sido suficientemente analizadas y en algunos casos, ya muy estructuradas y con algunos planteamientos uniformes y pacíficos, sin que hasta ahora abordáramos el tema de los profesionales del derecho, entendidos para el objeto del presente escrito, como los abogados en su desempeño profesional de litigantes o de asesores, dejando de lado el tema de los abogados funcionarios públicos, jueces, o notarios entre otros.

Abordaremos sucintamente el análisis del nuevo régimen disciplinario, que no se reformaba desde 1971¹, y nos referiremos específicamente a la novedad frente a la exigencia de la idoneidad y formación profesional, destacando la intención del legislador de modernizar algunos conceptos que se hacían inoperantes bajo el régimen anterior, y sobre todo, armonizándolo con el nuevo régimen constitucional del país, aunque dieciséis años después de expedida la Constitución.

Acerca de la naturaleza de la obligación, nos centraremos frente a la obligación derivada del contrato de mandato y por tanto frente al régimen y elementos de la responsabilidad civil contractual, sin desconocer que en el ejercicio profesional del litigante o consultor, también pueden causarse daños a terceros, caso en el cual nos ubicaríamos frente a un evento de responsabilidad extracontractual, del cual no nos ocuparemos, por tanto y sin desconocer la importancia del debate, tampoco abordaremos otras tesis sobre la naturaleza del vínculo abogado - cliente, tales como, la del arrendamiento de servicios, contrato de obra, en ocasiones contrato laboral, etc., para delimitar entonces el tema, al análisis de la responsabilidad del abogado frente a su cliente, en ejercicio de las obligaciones derivadas del contrato de mandato².

Para la segunda parte del presente escrito, que será publicado en la Revista No. 26, abordaremos dos temas de crucial importancia, a saber, la forma de cuantificar el daño causado por el profesional del derecho, para lo cual se revisarán algunas teorías del derecho comparado donde han avanzado más en el tema, y finalmente el tema del aseguramiento de la responsabilidad de abogado³, los clausulados actuales en Colombia, sus coberturas, exclusiones, temporalidad, vigencia y demás condicionamientos en el marco del contrato de seguro, todo ello con breve reseña de la escasa doctrina nacional al respecto.

2. NUEVO RÉGIMEN DISCIPLINARIO DEL ABOGADO

¹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 196 (12, febrero, 1971). Estatuto del ejercicio de la abogacía,

² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Art. 2142 y siguientes. Código civil.

³ ACE SEGUROS S.A. Seguro de Responsabilidad Civil Profesional para Abogados, y AIG COLOMBIA SEGUROS GENERALES S.A. Póliza de Responsabilidad Profesional para Abogados. Colombia.

En Colombia se expidió la Ley 1123 de 2007, por medio de la cual se actualiza y establece el régimen disciplinario del abogado; estatuto que entró a regir cuatro meses después de su promulgación, esto es, a partir de mayo 23 de 2007. Se llama la atención sobre el particular, dado que, en una informal encuesta nacional, se encontró que más del 70% de los profesionales del derecho no conocen todavía su contenido, lo cual se constituye, digámoslo desde ya, en tierra fértil para la responsabilidad profesional.

Debemos destacar para el objeto de este escrito, sin entrar en el análisis completo de su contenido, básicamente la necesidad que demandaba el país y los abogados en particular al respecto, dado que contábamos con un régimen disciplinario inapropiado para la época, con 36 años de vigencia y naturalmente de espaldas al nuevo régimen político y constitucional del país.

Acerca de la responsabilidad del profesional del derecho, insisto, entendido para este escrito como el abogado litigante o profesional consultor, surge la exigencia de idoneidad y conocimiento del tema sobre el cual presta su asesoría, y la forma como presta sus servicios, al determinar:

Art. 28. Deberes profesionales del abogado:

Actualizar los conocimientos inherentes al ejercicio de la profesión.

Asimismo, deberá acordar con claridad los términos del mandato en lo concerniente al objeto, los costos, la contraprestación y forma de pago.

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.

Prevenir litigios innecesarios, inocuos o fraudulentos y facilitar los mecanismos de solución alternativa de conflictos.

Informar con veracidad a su cliente sobre las siguientes situaciones:

a) Las posibilidades de la gestión, sin crear falsas expectativas, magnificar las dificultades, ni asegurar un resultado favorable;

(...)

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

Art. 34. Constituyen faltas de lealtad con el cliente:

a) No expresar su franca y completa opinión acerca del asunto consultado o encomendado;

b) Garantizar que de ser encargado de la gestión, habrá de obtener un resultado favorable;

(...)

f) Revelar o utilizar los secretos que le haya confiado el cliente, aun en virtud de requerimiento de autoridad, a menos que haya recibido autorización escrita

de aquel, o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito;

(...)

i) Aceptar cualquier encargo profesional para el cual no se encuentre capacitado, o que no pueda atender diligentemente en razón del exceso de compromisos profesionales.

Vemos, de acuerdo con el nuevo régimen, que no basta pues con la idoneidad general que otorga el título de abogado reconocido por una Universidad y certificado por el Consejo Superior de la Judicatura al expedirse la respectiva tarjeta profesional, sino que la norma va más allá, en el sentido de exigir algún grado de idoneidad, la cual no necesariamente se adquiere por culminar los estudios universitarios, ni tampoco va hasta el grado de exigencia de haber cursado alguna especialización o maestría, pero si, repito, conocimiento, formación, experiencia en el tema, podríamos decir, alguna destreza, práctica y estudio, que lo habilite para recibir el poder para representar alguna causa en particular.

Por ello, en términos más castizos y si se quiere obvios, si el abogado es experto en derecho de familia, en ello se desempeña diariamente, todos sus procesos y asesorías las brinda en esa área del conocimiento, es además docente en la materia, y nunca ha tramitado un proceso sobre derecho energético, minero, bursátil, o de telecomunicaciones por ejemplo, mal podría aceptar un encargo en esas áreas, so pena de incurrir en falta disciplinaria que sin duda conduciría en principio a un comportamiento negligente y culposo generador eventualmente de un daño en su representado. Ello tendrá sus aristas e interpretaciones, pero puesto así el ejemplo, estaríamos frente a un abogado que expone a su representado a una pérdida, o por lo menos a una deficiente o precaria asesoría por causa de su total desconocimiento sobre la materia objeto del encargo.

No entraremos en los otros tópicos del régimen disciplinario, de gran importancia desde luego, pero que desbordan el objeto de este escrito, que como lo anotaba desde la introducción, pretende, por lo complejo y novedoso del tema, circunscribir su objeto a la relación contractual del profesional con su mandante.

Por último, y en el marco del régimen disciplinario, con eventuales consecuencias generadores de responsabilidad civil profesional, es pertinente citar la Ley 1285 de 2009, por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, cuando establece:

Art.14. Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:

“Art. 60A. Poderes del juez. Además de los casos previstos en los artículos anteriores, el Juez podrá sancionar con multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales, a las partes del proceso, o a sus representantes o abogados, en los siguientes eventos:

- 1. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.*
- 2. Cuando se utilice el proceso, incidente, trámite especial que haya sustituido a este o recurso, para fines claramente ilegales.*

3. Cuando se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas o injustificadamente no suministren oportunamente la información o los documentos que estén en su poder y les fueren requeridos en inspección judicial, o mediante oficio.

4. Cuando injustificadamente no presten debida colaboración en la práctica de las pruebas y diligencias

5. Cuando adopten una conducta procesal tendiente a dilatar el proceso o por cualquier medio se entorpezca el desarrollo normal del proceso.

Por último es importante puntualizar sobre la obligación del profesional de informar con veracidad a su cliente sobre las posibilidades de la gestión, sin crear falsas expectativas, magnificar las dificultades, ni asegurar un resultado favorable; dado que en esta etapa, si se quiere precontractual, es donde se forma el concurso de voluntades, dado que el cliente confiando en la formación del profesional, naturalmente en su idoneidad y conocimiento sobre el asunto consultado, toma una decisión; decisión que debe estar acompañada de objetividad, de un concepto claro, preciso, fundado, en fin, acompañado de la seriedad que permita al contratante ya suficientemente ilustrado, otorgar su consentimiento, bien para que el profesional inicie la gestión encomendada o por el contrario, abandonar o desistir del trámite, si a ello hubiere lugar, por tanto desconocer esta obligación, sin duda podría conducir, aparte de la sanción disciplinaria, a la configuración de una responsabilidad profesional.

3. VÍNCULO CONTRACTUAL

Como se anticipaba desde el comienzo, enfocamos este escrito hacia el análisis del contrato de mandato, y las obligaciones que de él se derivan, sin desconocer la existencia de otras prestaciones específicas, originadas del especial vínculo que une al profesional del derecho con su mandante, a las cuales igualmente nos referiremos.

En primer lugar debemos abordar la definición que sobre el contrato de mandato trae nuestro código civil, aclarando que el estatuto mercantil también lo regula, pero referido exclusivamente a los actos de comercio, por tanto no abordaremos su análisis, no obstante que, cada vez más, los abogados litigantes y asesores reciben un tratamiento típico de comerciantes, debate en el cual no entraremos por no ser el objeto de este escrito.

Establece pues el Código Civil al respecto:

Art. 2142. El 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 concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario.

Art. 2144. 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.

Artículo 2155. El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo.

Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado.

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

Definido el marco normativo sobre el cual se centra el debate, debemos precisar para el objeto de estudio propuesto, que *abogado-mandatario* y *contratante de sus servicios-mandante*, celebran un contrato bilateral, por regla general oneroso. Las partes están pues unidas por el contrato y las obligaciones que de él se derivan, de cuya inejecución se deriva la responsabilidad contractual, entonces, como principio básico y general para la configuración de la responsabilidad profesional del abogado, tenemos: La celebración de un contrato de prestación de servicios profesionales, típicamente denominado contrato de mandato, la inejecución o ejecución tardía de las obligaciones pactadas o que emanan de su naturaleza, un daño a raíz de dicho incumplimiento y la relación causal entre el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso (hecho) y el daño.

El análisis de la relación de causalidad entre el hecho y el daño, es asunto de gran relevancia, dado que como se analizará en el capítulo de la cuantificación del daño, podría abrirse interpretaciones en el sentido de que el daño indemnizable lo constituye el mayor o menor grado de exposición a la pérdida, causada por la conducta negligente del profesional, tema que no ofrece luz clara, ni posición unánime o pacífica, como ocurre en general con la responsabilidad civil, pero que será necesario abordar, para ir tomando por lo menos la posición más razonable, frente a la culpa del profesional, a la teoría general de la responsabilidad civil y al daño indemnizable, naturalmente pasando por el estricto análisis de la relación causal⁴.

4. NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES

⁴ DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. "La responsabilidad civil del abogado" [documento en internet]. En: *INDRET. Revista para el análisis del derecho*. N.º 1, Barcelona, enero, 2008. http://www.indret.com/pdf/521_es.pdf. Consultado en junio de 2009.

4.1 Obligaciones de medio y obligaciones de resultado

Antes de entrar en el análisis de las obligaciones de medio o de resultado que en virtud del contrato de mandato adquiere el profesional del derecho con su representado o mandante, debemos remitirnos al marco normativo que conducirá en gran medida nuestras apreciaciones y conclusiones. Así las cosas establecen los artículos 1603 y 1604 del Código Civil:

Artículo 1603. 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 pertenecen a ella.

Artículo 1604. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo 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.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

Surge entonces el planteamiento en el sentido de indagar si la culpa es requisito indispensable de la responsabilidad contractual, para lo cual debemos acudir al tratadista, maestro y miembro fundador del IARCE, Dr. Javier Tamayo Jaramillo, en su tratado de Responsabilidad Civil⁵, cuando expresa:

“Para la mayoría de los autores, la teoría válida es la que afirma, que la culpa si es necesaria para que haya responsabilidad contractual, pero que esta culpa consiste, pura y simplemente, en la inejecución de la obligación. Tal es por ejemplo, el pensamiento de Alessandri Rodríguez, quien al respecto expresa: “La culpa contractual consiste en no cumplir una obligación preexistente o en cumplirla mal”.

⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I. Bogotá, Legis, 2007, p. 481.

Definición que ha sido adoptada en varias oportunidades por la jurisprudencia colombiana, la que a su turno, siempre ha sido fiel al principio de que la culpa es fundamento de toda responsabilidad contractual”.

No obstante esta posición, el profesor Tamayo Jaramillo no la comparte al expresar, que en algunos casos la culpa es requisito necesario de la responsabilidad contractual, mientras que en otros no, adicionalmente que la culpa contractual no puede definirse como la inejecución de la obligación, dado que ello sería sentar un principio carente de contenido que todo lo que hace es desplazar y complicar más aún el problema, pues en efecto, hay obligaciones que se deben cumplir aunque no haya culpa del deudor, mientras que en otras no hay incumplimiento sino existe culpa del obligado, dado que hay obligaciones en las que importa, no solo el resultado material buscado por el acreedor, sino también un determinado comportamiento del deudor. Agrega al respecto el tratadista:

“Se hace necesario, entonces, determinar previamente el contenido de la obligación, y se verá que en algunos casos esta tiene un contenido puramente material, por lo que la culpa, no es requisito de responsabilidad contractual, tal como ocurre en las obligaciones de género, como la del pago de una suma de dinero. En otras situaciones, la obligación involucra no sólo un contenido material, sino también un determinado comportamiento por parte del deudor, en cuyo caso la culpa sí es requisito fundamental de la responsabilidad contractual y solo habrá inejecución de la obligación cuando el deudor se comporte en forma culposa, culpa que unas veces se presume y otras debe probarse.

Así las cosas, podemos concluir que unas veces la responsabilidad contractual reposa en la culpa y otras no, y que, por tanto, la inejecución de la obligación no es sinónimo de culpa, puesto que en la responsabilidad objetiva se incumple la obligación aunque no haya culpa del deudor incumplido.”

Finalmente define el autor la culpa contractual⁶ como “aquella que consiste en el dolo, la imprudencia, la impericia, la negligencia o la violación de reglamentos que le impiden al deudor cumplir correctamente su obligación.”

Definidos el marco normativo, la naturaleza del contrato que ata a mandante y mandatario, así como la culpa contractual, debemos desde ahora afirmar que en asuntos de ejecución de contrato de prestación de servicios profesionales, por regla general las obligaciones son de medio y por tanto el régimen probatorio será de culpa probada, es decir, frente al análisis de la responsabilidad del profesional del derecho, debemos afirmar que la obligación no es de resultado, con precisiones que analizaremos a continuación, y que la culpa debe probarse, por tanto, este escenario contractual se encuentra sin duda alejado de la presunción de culpa del deudor.

⁶ TAMAYO JARAMILLO. Ob. cit., p. 407.

Pero es igualmente cierto - y por ello anunciamos precisiones frente a la afirmación de que nos encontramos frente a obligaciones de medio, - que en un mismo contrato, por regla general, pueden coexistir obligaciones de medio y de resultado, es decir, no es acertada la afirmación de algunos doctrinantes en el sentido que es tal la uniformidad de las obligaciones derivadas de un mismo contrato, que a todas deberá darse el mismo tratamiento, o lo que es lo mismo, que todas las obligaciones derivadas del contrato tienen la misma naturaleza y por tanto el estudio de la carga de la prueba de la culpa es uniforme, no. Bástenos por ahora afirmar que de la celebración de un contrato de mandato, pueden surgir y de hecho surgen, tanto obligaciones de medio como obligaciones de resultado, dado que existen diversas obligaciones en el interior del contrato, las cuales por su misma diversidad tienen un grado de diligencia distinto y por ello, la carga de la prueba de la culpa es diferente respecto de cada obligación, por ello, será siempre impreciso uniformar las prestaciones, cuando erradamente se expresa que las obligaciones del profesional del derecho en ejecución del contrato de prestación de servicios, siempre genera obligaciones de medio y no de resultado, o viceversa.

Sin profundizar en los diversos planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales, partiremos de la base, - se repite, anotando que existen destacados tratadistas que eliminan esta división - que en Colombia es aceptado por lo menos en la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, que en el marco de las relaciones contractuales, existen obligaciones de medio y obligaciones de resultado⁷, para indicar que en las primeras, es decir, en las de *medio*, el deudor se obliga a ejecutar con toda la prudencia, diligencia, cuidado, y profesionalismo que le sea posible, una conducta o conductas que apunten a alcanzar un resultado, sin que el contenido de su obligación sea obtenerlo, mientras que en las obligaciones de *resultado*, el deudor, por disposición del legislador, por acuerdo expreso de las partes, o por la naturaleza de las cosas, se obliga a obtener el resultado pretendido por el acreedor, derivando de esta distinción, un régimen probatorio distinto, en tanto que, frente a las obligaciones de medio, el acreedor debe demostrar la culpa del deudor y en otras la culpa del deudor se presume, presunción que puede desvirtuarse demostrando diligencia y cuidado, mientras que el régimen probatorio frente a las obligaciones de resultado, el deudor se exonera demostrando causa extraña y en otras, ni siquiera la causa extraña lo libera.

Allí radica la importancia de diferenciar, frente a la obligación del profesional del derecho, si estamos frente a una obligación de medio o por el contrario, frente a una obligación de resultado, para afirmar desde ahora, como se expresaba antes, que no podemos unificar el régimen probatorio ni el contenido de las obligaciones con el argumento de que el contrato es uno solo, pues en un mismo contrato, para el caso objeto de este escrito, de mandato circunscrito a la prestación de servicios profesionales del abogado, encontraremos en su ejecución, tanto obligaciones de medio, como obligaciones de resultado, así por ejemplo, tenemos como una

⁷ TAMAYO JARAMILLO. Ob. cit., p. 421.

obligación general del contrato de mandato, poner toda la diligencia, cuidado, atención, profesionalismo, idoneidad, conocimiento y experiencia al proceso o causa encargada por el mandante, pero respecto de otras prestaciones derivadas de la obligación principal del contrato, podemos encontrar, repito a título de ejemplo, obligaciones de resultado, tales como, presentar la demanda en tiempo evitando fenómenos como la prescripción o la caducidad de la acción, asistir a la audiencia de conciliación, asistir a la práctica de pruebas, interponer los recursos de ley en contra de las decisiones desfavorables a los intereses del mandante, excepto instrucción en contrario, evitar fenómenos como la perención o el desistimiento tácito⁸, y en fin, una serie de actos y conductas, que deben estar catalogadas como obligaciones de resultado, si se quiere, dentro del contexto general de la obligación de medio que enmarca el contrato de mandato. Así, en voces del tratadista Tamayo Jaramillo “... *Lo que significa que las obligaciones de hacer son todas de resultado, en cuanto a la ejecución material de lo pactado, y las de lograr el beneficio esperado por el acreedor con lo hecho, pueden ser de medio ...*”

Al respecto es oportuno aclarar que el legislador Colombiano, no establece la diferencia entre obligaciones de medio y de resultado, por tanto, para nuestro caso será una creación doctrinaria y jurisprudencial, y sin que pretendamos extendernos en el estudio del contenido de las obligaciones desde esta óptica, podemos advertir que su identificación se facilita desde el régimen probatorio asignado, así por ejemplo, frente a las obligaciones de resultado, caso contrato transporte, surge claramente que el deudor no se exonera de responsabilidad sino sólo mediante la prueba de una causa extraña, mientras que frente al contrato de mandato, por regla general con contenido de obligación de medio, su responsabilidad deviene cuando se le demuestre culpa o si existiera frente a alguna prestación, presunción de culpa, esta pueda desvirtuarse mediante la prueba de la debida diligencia y cuidado, siendo pues identificable el contenido de la obligación, de medio o de resultado, más desde el régimen probatorio, que por mención del legislador, que se repite, no existe en nuestro ordenamiento jurídico.

⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1194 (9, mayo, 2008). Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Civil y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2008. No. 46.984. Artículo 346. *Desistimiento Tácito. Cuando para continuar el trámite de la demanda, de la denuncia del pleito, del llamamiento en garantía, del incidente, o de cualquiera otra actuación promovida a instancia de parte, se requiera el cumplimiento de una carga procesal o de un acto de la parte que haya formulado aquella o promovido estos, el juez le ordenará cumplirlo dentro de los treinta días siguientes, término en el cual, el expediente deberá permanecer en Secretaría. Vencido dicho término sin que el demandante o quien promovió el trámite respectivo haya cumplido la carga o realizado el acto ordenado, quedará sin efectos la demanda o la solicitud y el juez dispondrá la terminación del proceso o de la actuación correspondiente, condenará en costas y perjuicios siempre que como consecuencia de la aplicación de esta disposición haya lugar al levantamiento de medidas cautelares.*

4.2 Análisis respecto del profesional litigante y del asesor

Luego de esbozar, si se quiere muy someramente, el asunto de las obligaciones de medio y de resultado, frente al contrato de mandato y más específicamente, frente al contrato de prestación de servicios profesionales suscrito con un abogado, es pertinente entrar al análisis de la responsabilidad de este profesional, como se anunciaba desde la introducción de este escrito, bajo la óptica de litigante, entendido como el abogado que ejerce su profesión representando los intereses del mandante ante los estrados judiciales, y el abogado, asesor o consultor, que su desempeño se refleja más en la asesoría externa, en brindar conceptos, elaborar minutas, en fin, en realizar trabajos con contenido jurídico para la solución de problemas o toma de decisiones que requiere el mandante.

Para el desarrollo de esta hipótesis, es pertinente citar al docente y miembro del IARCE, Dr. Juan David Palacio Barrientos⁹, quien encuadra al profesional litigante, como sujeto de obligaciones de medio, y al profesional consultor como sujeto de obligaciones de resultado. Adicionalmente hace un importante análisis de las obligaciones de medio y de resultado respecto del contrato de prestación de servicios profesionales.

Pues bien, como se venía afirmando, esta aseveración admite sus variaciones, si se tiene en cuenta que el abogado litigante, a quien por regla general se le encuadra en el marco de las obligaciones de medio, esto es, al demostrar diligencia y cuidado cumple con su obligación, sin importar si logra o no el resultado esperado por el mandante, es claro que en el marco de este contrato existen otro tipo de prestaciones u obligaciones de naturaleza o con contenido de resultado, como se mencionaba, por ejemplo impedir el vencimiento de términos dentro del proceso, estar atento a los plazos de prescripción o caducidad antes del inicio del proceso, o iniciado este en el trámite del mismo, como sería la oportuna notificación al demandado, la interposición de recursos contra providencias desfavorables a los intereses de su mandante, evitar fenómenos como la perención o el desistimiento tácito, que no son más que castigos procesales por inactividad de los procesos o por inejecución de actos de la parte obligada en el proceso, en fin, un sinnúmero de obligaciones de hacer, de actos, que sin duda estarían enmarcados en contenidos obligacionales de resultado, más que de medio.

⁹ PALACIO BARRIENTOS, Juan David. “La Responsabilidad de los profesionales”. En: Responsabilidad Civil y del Estado. N.º 23, Medellín, IARCE, junio, 2008, p. 104. “Sin perjuicio de lo anterior, el abogado en cumplimiento de cualquier encargo, tiene en cabeza suya una serie de obligaciones que siempre serán de resultado, sin importar si la principal es o no de medios. Son obligaciones que están relacionadas más con la forma de cumplir el encargo que con la profesión propiamente dicha. Son aquellas obligaciones accesorias que permiten el cabal cumplimiento del encargo, como es por ejemplo: el cumplimiento de términos judiciales, la interposición de recursos, las notificaciones, la presentación oportuna de conceptos, la actualización de información, el envío de informes, etc. Todas estas obligaciones, aunque accesorias, hacen que el cumplimiento del contrato sea total, y en el evento que su incumplimiento genere la no obtención del resultado, la exoneración de la responsabilidad será solamente mediante la prueba de una causa extraña”.

Sin embargo, considero acertada la sub división de las labores del abogado, en litigante y asesor o consultor, pues en este último se denota con mayor claridad la obligación de resultado, y por tanto la forma de exoneración y con ella el régimen probatorio para obtenerla, en el entendido de que debe rendir el concepto, entregar el informe, realizar la minuta, asistir a la reunión, en fin, actos que se agotan con una obligación de hacer, que de ser incumplida, nos ubica más en el régimen de la obligación de resultado, pues el deudor no agota su compromiso contractual poniendo toda su diligencia y cuidado en la gestión, sino elaborando y entregando el escrito solicitado o el concepto requerido por el mandante.

5. ALGUNOS CASOS ESPECÍFICOS DE RESPONSABILIDAD

Nos referiremos a algunos casos puntuales que pueden ser generadores de responsabilidad civil en el profesional del derecho, básicamente relacionado con el encargo o mandato conferido a los abogados litigantes, por tanto circunscrito al trámite de un proceso, aclarando que se trata de hipótesis ilustrativas, si se quiere caprichosas y enunciativas, y no de una relación taxativa, de algunos eventos en el trámite de un proceso.

Podrían generarse causas constitutivas de falta al deber de diligencia del abogado, tantas cuanto la imaginación del procesalista lo permita, pero siguiendo un poco la mecánica de los tratadistas Jorge Mosett Iturraspe¹⁰ y Ricardo de Ángel Yagüez¹¹, en sus escritos al respecto, consideramos de cierto modo ilustrativo aterrizar al escenario práctico procesal, algunas actuaciones u omisiones que sin duda pueden desencadenar en declaratoria de responsabilidad civil del abogado.

No obstante debe aclararse que para el objeto de este escrito, debemos apartarnos de regímenes objetivos de responsabilidad, pues tal como se analizaba anteriormente, debemos ubicarnos frente al régimen de responsabilidad civil con culpa probada, y más aún, que cada caso tendrá la necesidad de un análisis especial y particular, dado que no necesariamente las hipótesis que se relacionan tendrán en todos los casos una relación de causalidad con el daño, por tanto habrá que hacer un análisis o en palabras del tratadista Ricardo de Ángel Yagüez, un “juicio del juicio”, o un juicio de “prosperabilidad”¹², para desencadenar la relación causal entre la omisión o la conducta del profesional y el daño causado. Otro asunto distinto será la forma de valorar el daño, del cual nos ocuparemos en la segunda entrega de este escrito.

5.1 Vencimiento de términos: En este aspecto, estamos frente a un descuido del abogado litigante, que por su omisión en la vigilancia del proceso, bien por delegar en su dependiente, bien por confiarse en herramientas tecnológicas, que constituyen

¹⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por Daños*. Tomo VIII: Responsabilidad de los profesionales. Buenos Aires, Editores Rubinzal, 2001.

¹¹ DE ANGEL YAGÜEZ. Ob. cit.

¹² Ibid., p. 39.

simple ayuda, o por cualquier otra razón, se deje de presentar un recurso necesario para los intereses de su representado, no se presente un alegato de conclusión, no se formule la apelación de la sentencia desfavorable, etc., lo cual sin que a priori implique la causación del daño, tema que abordaremos posteriormente, por lo menos se genera una actuación desfavorable para los intereses de su representado, que en principio por lo menos implicaría la pérdida de una oportunidad, figura que lejos de lo improbable, clasifica al daño como cierto e indemnizable.

5.2 Prescripción o caducidad de la acción: El escenario en el cual el profesional inicia el trámite del proceso y por descuido no realiza la notificación de la demanda dentro del término establecido en la norma para evitar la configuración del fenómeno de la prescripción, o quien, una vez recibe el poder y la documentación para el inicio de la respectiva acción judicial, no presenta en tiempo la respectiva demanda, de acuerdo con el término especial de caducidad o prescripción establecido en la norma para la causa encomendada. No podríamos asegurar que de haber evitado el fenómeno extintivo de la prescripción o de la caducidad, la pretensión se habría sacado avante, pero por lo menos se desperdició la oportunidad de que un juez estudiara el asunto, y fallara de fondo la pretensión invocada.

5.3 Desistimiento tácito: Establece el artículo 1º de la Ley 1194 de 2008, el cual modifica el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, que en anterior reforma¹³ y por razones que el país nunca entendió, ni de ellas nadie se apersonó, al desaparecer la figura de la perención, lo siguiente:

Artículo 346. Desistimiento Tácito. Cuando para continuar el trámite de la demanda, de la denuncia del pleito, del llamamiento en garantía, del incidente, o de cualquiera otra actuación promovida a instancia de parte, se requiera el cumplimiento de una carga procesal o de un acto de la parte que haya formulado aquella o promovido estos, el juez le ordenará cumplirlo dentro de los treinta días siguientes, término en el cual, el expediente deberá permanecer en Secretaría.

Vencido dicho término sin que el demandante o quien promovió el trámite respectivo haya cumplido la carga o realizado el acto ordenado, quedará sin efectos la demanda o la solicitud y el juez dispondrá la terminación del proceso o de la actuación correspondiente, condenará en costas y perjuicios siempre que como consecuencia de la aplicación de esta disposición haya lugar al levantamiento de medidas cautelares.

¹³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 794 (9, enero, 2003). Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2003. No. 46.984. artículo 70.

El auto que ordene cumplir la carga o realizar el acto se notificará por estado y se comunicará al día siguiente por el medio más expedito. El auto que disponga la terminación del proceso o de la actuación, se notificará por estado.

Decretado el desistimiento tácito por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de las mismas pretensiones, se extinguirá el derecho pretendido. El juez ordenará la cancelación de los títulos del demandante si a ellos hubiere lugar. Al decretarse el desistimiento tácito, deben desglosarse los documentos que sirvieron de base para la admisión de la demanda o libramiento del mandamiento ejecutivo, con las constancias del caso, para así poder tener conocimiento de ello ante un eventual nuevo proceso.

No hay duda que la inactividad procesal por parte del profesional del derecho, que a la postre genere la declaratoria de desistimiento tácito, lo cual implica la terminación del proceso, es una actitud que implica negligencia, pasividad, incumplimiento de una obligación de hacer, máxime cuando el Juez le prende las alarmas y le notifica para que dentro de los treinta días siguientes actué, de acuerdo con la carga procesal que corresponda. Consideramos que esta declaratoria de desistimiento tácito y terminación del proceso conduce a una responsabilidad de abogado, que puede generar la eventual obligación de reparar los daños causados a su representado.

Dicho sea de paso, celebramos que figuras como estas, regresen de nuevo al sistema procesal civil, pues como sabemos, la Ley 794 de 2003, en su artículo 70, por razones que desconocemos, que nunca fueron sustentadas, que extrañamente los “padres” del derecho procesal en Colombia no justificaron válidamente, derogó el anterior artículo 346, por tanto en aras de una pronta administración de justicia, de atacar la parálisis que tanto daño hace, de la extraña función de depositarios de expedientes inactivos que estaban desempeñando los Despachos Judiciales, se celebra el resurgimiento de esta figura, a la cual se le había expedido su registro civil de defunción sin justificación o motivación alguna, en la reforma contenida en la Ley 794 de 2003.

5.4 Perención en procesos ejecutivos: Establece el artículo 23 de la Ley 1285 de 2009, mediante la cual se reformó la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, lo siguiente:

Artículo 23. Adiciónase el Artículo 209A.

“Mientras se expiden las reformas procesales tendientes a la agilización y descongestión en los diferentes procesos judiciales, adóptense las siguientes disposiciones:

a) Perención en procesos ejecutivos: *En los procesos ejecutivos, si el expediente permanece en la secretaría durante nueve (9) meses o más por falta de impulso cuando este corresponda al demandante o por estar pendiente la notificación del mandamiento de pago a uno o varios ejecutados de un auto*

cuando la misma corresponda adelantarla al ejecutante, el juez de oficio, o a solicitud del ejecutado, ordenará la perención con la consiguiente devolución de la demanda y de sus anexos y, si fuera del caso, la cancelación de las medidas cautelares evento en el cual condenará en costas y perjuicios al ejecutante. El auto que ordene devolver la demanda es apelable en el efecto suspensivo, y el que lo deniegue, en el devolutivo.

Nos ubicamos en esta hipótesis frente a las mismas consecuencias y sanciones establecidas en el literal anterior, cuando analizábamos la figura del desistimiento tácito, por tanto, no haremos más pronunciamientos frente a la responsabilidad del profesional, dado que serían los mismos argumentos.

5.5 Desconocimiento del deber de información: Se trata sin duda de una especial obligación del profesional del derecho, no sólo impuesta por el nuevo régimen disciplinario de los abogados, según se citó anteriormente, sino derivada de las prestaciones implícitas a cargo del abogado. Esta exigencia, podría enmarcarse en dos momentos fundamentalmente: El primero nace desde los diálogos precontractuales o ilustración de la viabilidad del proceso, de la defensa, o en general de la actuación procesal o causa que se va a representar, momento en el cual, como lo anticipábamos, se forma el consentimiento en el contratante de los servicios o futuro mandante, dado que es la información, con conocimiento, idoneidad, profesionalismo, objetividad y suma claridad, - no quiere decir ello exacta o precisa - la que llevará al mandante a tomar la decisión y contratar los servicios profesionales del abogado¹⁴; y un segundo momento, dividido en las diversas etapas del trámite encargado, así entonces tendremos que hay que informar la fecha de vencimiento del traslado para la contestación de la demanda, la época de la caducidad o prescripción, la admisión de la demanda, la citación a audiencia de conciliación, en algunos casos la práctica de pruebas, en fin, un sinnúmero de actuaciones y decisiones generadas al interior del proceso, de las cuales necesariamente habrá que informar al contratante, so pena de incurrir en faltas, no solo disciplinarias, sino constitutivas de incumplimiento de obligaciones derivadas del contrato de mandato que pueden generar responsabilidad en el profesional.

¹⁴ PALACIO BARRIENTOS. Ob. cit., p. 116. *La obligación de información. El abogado es un profesional que se encarga de representar los intereses de personas para que los efectos de sus encargos se radiquen en sus respectivos patrimonios. Finalmente, como se dedica a la atención de situaciones e intereses ajenos, el abogado deberá brindarle a su contratista toda la información necesaria antes, durante e incluso después de celebrado el contrato*

... El abogado tiene la obligación de plantear todos los escenarios, y queda a discreción del cliente determinar si asume o no el riesgo. Lógicamente, la obligación del abogado seguirá siendo la misma desde el punto de vista profesional, así el cliente asuma el riesgo. Este último hecho no exime al abogado de tener que cumplir cabalmente con su obligación de medio.

5.6 No solicitar la práctica de pruebas conducentes para la causa: Este aspecto, que sin duda encierra más subjetividad en el análisis de la estrategia procesal del apoderado, en ocasiones tiene matices más claros, dado que, precisando que no estamos en un régimen de tarifa legal de prueba, si existe en nuestro sistema probatorio, algunos actos que requieren de prueba solemne u otra prueba condicionada en su forma, pertinencia y relevancia, de tal manera que al desconocer su régimen e incidencia en las resultas del proceso, puede conllevar a la desventaja del representado, y con ella la eventual declaratoria de responsabilidad del profesional, si su ausencia en el trámite, tiene relación causal con el resultado desfavorable a las pretensiones, excepciones o medios de defensa.

5.7 No asistir a la práctica de pruebas: No se requiere ser conocedor del tema, ni hacer grandes o profundos análisis, para concluir que el apoderado que no asiste a la práctica de pruebas, asume riesgos y pone en desventaja los intereses de su mandante. La labor consistirá posteriormente, en hacer el análisis de la relación causal, entre la falta al deber de diligencia y cuidado en la atención y práctica de las pruebas decretadas y el resultado desfavorable a raíz de esta ausencia, de todas maneras, reprochable disciplinaria y contractualmente.

5.8 No recurrir la sentencia cuando esta sea desfavorable: No quiere decir que el hecho de interponer el recurso en contra de la decisión desfavorable a los intereses del mandante, necesariamente implique la obtención de un cambio que favorezca ahora en segunda instancia sus pretensiones o medios de defensa, sin embargo, no hacerlo es por lo menos negarle la oportunidad de obtener esa revisión por parte del superior del Juez de primera instancia. Esos planteamientos nos ubicarán frente a la teoría de la *pérdida de la oportunidad o chance*, teoría sustentada con gran solvencia y claridad por el tratadista Francois Chabas¹⁵, sobre la cual profundizaremos posteriormente, al abordar el tema de las formas de indemnización de perjuicios, frente a los daños causados por el abogado en ejercicio del mandato o poder de representación en un proceso judicial. Allí se gestará, con gran esmero y complejidad, la necesidad de hacer el ejercicio, por naturaleza imposible de determinar objetivamente o con certeza, sobre las probabilidades que se le negaron al mandante con la ausencia del recurso. Tanta intervención de las probabilidades, del aleas, de fenómenos que pueden ser o no ser, nos aleja sin duda de la certeza como una de las características del daño, sin que ello implique que la pérdida de la oportunidad no es un daño indemnizable. Volveremos con más profundidad sobre el tema en el capítulo correspondiente.

¹⁵ CHABAS, François. “La pérdida de una oportunidad (chance) en el derecho francés de la responsabilidad civil”. Traducción de Fernando Moreno Quijano. *En: Responsabilidad Civil y del Estado*. N.º 8, Medellín, IARCE, marzo de 2000, pp. 63-89.

5.9 Inadecuada estructuración de las pretensiones: Formular las pretensiones sin la técnica procesal adecuada para la causa que se representa, o desconociendo no sólo la forma o el formalismo procesal, sino el derecho sustantivo que se reclama mediante la acción, o plantear una indebida acumulación de pretensiones, o desconocer la prohibición de opción, puede conllevar en primer lugar a que se desestimen los pedimentos de la demanda y adicionalmente a la pérdida del derecho, si finalmente nos enfocamos con la configuración de la caducidad o la prescripción del derecho cuando se pretenda enderezar la acción.

En la práctica conocemos algunos casos, que en acatamiento del principio procesal de la congruencia de las pretensiones con la sentencia, establecida en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, aunque el asunto tiene diversos matices e interpretaciones, tenemos casos en los cuales el apoderado formula una pretensión inferior a lo probado en el proceso, evento en el cual el Juez o Magistrado deja claro que el demandante tendría derecho a una suma mayor, pero que atendiendo este principio procesal, se accederá únicamente a las pretensiones de la demanda, quedando de cierto modo en evidencia una indebida formulación de la pretensión, que sin duda causará un daño resarcible al mandante.

En fin, se trata de meros ejemplos ilustrativos de los actos que en ejercicio del mandato conferido al abogado, pueden generar daños al contratante mandante o representado.

5.10 Inadecuada formulación de excepciones o falta de contestación: En el procedimiento civil, la falta de contestación de la demanda o la ausencia de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de la misma, son apreciados por el Juez como indicio grave en contra del demandado, de tal manera que la falta de contestación, la contestación extemporánea o la carencia de pronunciamiento expreso sobre hechos y pretensiones, hará que grave sobre el demandado un indicio grave que sin duda puede influir en las resultas del proceso. Adicionalmente en esta etapa, surgen oportunidades importantes de defensa como proponer las excepciones previas, adicionalmente las de cosa juzgada, caducidad y transacción, que es la oportunidad procesal para hacerlas valer, pues en caso negativo, se pierde para el representado o mandante demandado, una valiosa oportunidad de defensa, igual ocurre con la vinculación de terceros, a la cual nos referiremos posteriormente, la facultad de formular demanda de reconvencción, en fin, una cantidad de actos procesales de defensa, que sólo pueden hacerse valer en esta oportunidad, la cual mal administrada, con precaria asesoría sobre el derecho sustancial y procesal, puede implicar la causación de un daño al demandado, que de haber afrontado una defensa técnica, habría obtenido resultados diferentes, posiblemente favorable, desestimatorio de las pretensiones del actor o por lo menos, en grado inferior a las pretensiones iniciales.

5.11 No hacer uso de la facultad procesal de denunciar el pleito o llamar en garantía: En el procedimiento civil y laboral, - por eso insistimos, esta es una mera enunciación, pues habrá actos u omisiones de los profesionales en todas las áreas del derecho, - en la oportunidad del traslado de la demanda, el demandado tiene la opción de denunciar el pleito o de llamar en garantía, si bien son figuras diferentes, se sirven del mismo procedimiento y tienen además propósitos similares.

En tal sentido el demandado que tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer en virtud de la demanda, podrá pedir la citación del tercero o garante, es decir, formular la denuncia del pleito o el llamamiento en garantía. No ejercer esta facultad, estando informado el apoderado del demandado de circunstancias especiales, legales y contractuales que lo autoricen, podría poner en dificultades al usuario de los servicios del abogado, dado que perdería, excepto acuerdo expreso en contrario, la facultad de solicitar un reembolso parcial o total de la suma a la cual resulte condenado. Pero como hemos afirmado, no estamos frente a una lista taxativa y determinante de actos constitutivos de responsabilidad del profesional, se trata de meras hipótesis que admiten prueba en contrario, así, para este caso, piénsese que no obstante haber formulado el llamamiento, este no prosperare por algún motivo ajeno al profesional y atribuible al demandado, o por exclusiones o deducibles pactados, en caso de llamamiento en garantía a compañías de seguro, para citar sólo un ejemplo. Habrá pues que examinar en cada caso específico, la viabilidad formal y sustancial y naturalmente la relación causal entre el actuar o la omisión del profesional con el eventual daño causado.

5.12 Inasistencia a la audiencia de conciliación: Por todos son conocidas las sanciones pecuniarias y procesales a quien no asista a la audiencia de conciliación en la jurisdicción civil, reglamentada en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, más aún si en ella se decretan las pruebas como es viable y se practican los interrogatorios de parte. Esta circunstancia por sí sola no tiene la potencialidad de generar la pérdida del derecho o la causa que se representa, pero sin duda conduciría a consecuencias procesales desfavorables en un momento determinado, dado que podría influir negativamente en la pretensión o los medios de defensa, además de la sanción objetiva que constituye la multa impuesta por la inasistencia y falta de justificación posterior, tanto al apoderado como a su asistido.

5.13 Inadecuada asesoría frente a la conciliación: La figura de la conciliación cada vez adquiere más importancia, no sólo como mecanismo para descongestionar los Despachos Judiciales, sino como una verdadera forma de solución de conflictos entre las partes.

Pues bien, este escenario es de gran importancia y allí sin duda pesa profundamente el concepto del profesional del derecho, su asesoría, su conocimiento, idoneidad y formación sobre el tema que representa, tanto en el aspecto sustancial, como en el aspecto práctico y procesal. Se debe tener el suficiente criterio y habilidad para aconsejar en este momento, bien prejudicial, en el escenario de la Ley 640 de 2001,

como en la etapa procesal, pues en ocasiones por desconocimiento sobre la materia que se representa, se generan falsas expectativas a raíz de la ignorancia en el tema, o lo que es más reprochable aún, por justificar unos honorarios en el momento de la contratación, siempre en contraposición de las obligaciones y deberes impuestos por el régimen disciplinario del abogado. Así las cosas, en este panorama, se aconseja al cliente no conciliar, no obstante un ofrecimiento serio y objetivo de la parte contraria, dinero que el mandante no recibe o rechaza por el consejo del profesional, el cual en el escenario del proceso y de la posterior sentencia, será inferior o lo que es peor, no prosperará la ilusoria y exagerada pretensión, quedando sin la prestación ofrecida y con un pasivo por concepto de costas, de tal manera que habrá que asesorar con la prudencia, la diligencia, el cuidado y la formación suficiente, para que la decisión del mandante sea la más conveniente a sus intereses, y sobre todo con la suficiente e idónea ilustración sobre los riesgos y vicisitudes del proceso, guardando las proporciones, se podría asemejar al estricto consentimiento informado en el campo de la responsabilidad médica. Volvemos aquí a resaltar la importancia, inclusive como eximente de responsabilidad, del deber de información; información que debe ser clara, precisa, objetiva y fundada, la cual permita al mandante tomar una decisión al respecto.

Sea oportuno recordar, no obstante esta relación de fallas del profesional, que estamos frente a un régimen de culpa probada, por lo general con obligaciones de medio y en ocasiones de resultado como se analizaba, de tal manera que esta relación enunciativa no podrá constituirse en un “recetario” de actos de responsabilidad del abogado, pues, habrá que analizar en cada caso concreto, en primer lugar la prueba de la culpa, la ausencia de eximentes de responsabilidad del profesional, la relación causal entre la conducta u omisión del abogado y el daño causado, y a este elemento, (daño) finalmente imponerle todos los filtros y características para que sea indemnizable, de tal manera que no podemos afirmar en forma general e imprecisa, que estas conductas descriptivas necesariamente conducen a la declaratoria de responsabilidad del abogado, sólo constituirán en cada caso específico, eventualmente causas generadoras de responsabilidad profesional del abogado.

6. FORMAS DE CUANTIFICAR EL DAÑO CAUSADO POR EL ABOGADO

6.1 Teoría de la pérdida de la oportunidad o *chance*

La teoría de la pérdida de la oportunidad o *chance*, esta fincada en la certeza del daño, es decir, aunque en principio la figura parezca extraña a la principal característica del daño para que sea indemnizable, como lo es la certeza, debemos aceptar desde ahora, que no obstante la dificultad que ofrece para cuantificar la pérdida o el daño, ello no implica desatención o desconocimiento del carácter cierto del daño.

La teoría, esbozada y sustentada en principio por los hermanos Mazeaud, ha sido importada a Colombia y presentada, tanto en la revista del IARCE¹⁶, como en el VII Encuentro Internacional de Responsabilidad Civil realizado en la ciudad de Bogotá¹⁷, por su defensor más visible, el maestro y destacado tratadista François Chabas. Pues bien, el profesor Chabas, sostiene que bajo la cuestionada figura, adoptada además por la Corte de Casación Francesa en fallo de mayo 26 de 1932, en un caso de culpa del notario, el daño consiste en privar a la víctima de la *posibilidad* de ganar algo, una competencia, un proceso; en casos de responsabilidad médica, la posibilidad de salvar la vida con una atención oportuna y conducente, etc., por tanto debemos precisar que el daño, para el caso que ocupa nuestra atención, no consistiría en la pérdida del proceso, o de la pretensión formulada por el demandante o de las excepciones o medios de defensa formulados por el demandado, sino en la pérdida de la oportunidad de lograr el resultado esperado, sin que este resultado ofrezca siquiera asomo de certeza, por ello, la indemnización a cargo del abogado será parcial, atendiendo al número de probabilidades que en un asunto judicial específico tendría el actor, lo cual sin duda nos ubica en el campo de las especulaciones, proyecciones, anhelos, aspiraciones, que como lo referencia el autor Francés, “*nunca escapan a cierto grado de arbitrariedad*”. Así es, dado que siempre existirá un alea indeterminable, algo de azar si se quiere, lo que demandará una ecuación que aproxime al máximo posible al coeficiente de oportunidades que tenía el actor o mandante, elementos todos que conducen a cierta duda sobre el carácter adecuado de la relación causal entre la conducta contractualmente reprochable del profesional y la pérdida o el daño causado.

Esbozada rápidamente la teoría de la pérdida de la oportunidad, es importante precisar que ella tiene plena aplicación en nuestra jurisprudencia, vemos por tanto pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado y de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, haciendo referencia a dicha teoría, y en algunos casos tomando sus elementos para cuantificar el daño en menor grado, es decir, del ejercicio del mayor o menor grado de probabilidades en el caso concreto, se deriva el porcentaje o monto indemnizable.

Para el caso que nos ocupa, ¿cómo podría aplicarse la teoría de la pérdida de la oportunidad, de cara a obtener una indemnización por la falla, negligencia o incumplimiento contractual del profesional? Se trata de una operación compleja, pero que al tiempo se constituye en una valiosa herramienta para llegar de la manera más acertada y objetiva posible al monto indemnizable por la negligencia o desconocimiento de la *lex artis* del profesional. Así entonces en los episodios narrados a título enunciativo en la primera parte de este trabajo (Revista No. 25), nos tendríamos que ubicar frente a cada uno de ellos y con la especialísima particularidad

¹⁶ Ibid.

¹⁷ VII Encuentro Internacional de Responsabilidad Civil, IARCE – LEGIS. Bogotá, 27 y 28 de agosto de 2009.

de cada proceso, para desentrañar la injerencia o la relación causal que tenga con el daño causado, actos o hechos como el vencimiento de términos, la falta de apelación, la ausencia de pretensión, la inasistencia a la audiencia de conciliación, la falta de solicitud de pruebas conducentes, entre otros. Todo ello nos conduce a otro mecanismo establecido por la jurisprudencia Española para la cuantificación del daño causado al mandante por el profesional del derecho en el desarrollo del contrato de prestación de servicios profesionales, cual es el *juicio de prosperabilidad* o juicio del juicio, que ya analizaremos, pero que desde ahora nos permite afirmar que los mecanismos aquí propuestos para la tasación del daño o la cuantificación de la pérdida, no son excluyentes o aislados, y más bien, digámoslo desde ya, se apoyan el uno del otro, se complementan entre sí, para llegar a la forma más cercana y objetiva posible a la certeza del daño y el correspondiente monto indemnizable.

6.2 Juicio de “*prosperabilidad*”, o juicio del juicio

Como lo afirmábamos en el literal anterior, consideramos que la teoría de la pérdida de la oportunidad va de la mano de los planteamientos de la presente teoría, una y otra con elementos propios, pero ambas complementarias con el propósito de establecer o determinar el monto indemnizable en asuntos de responsabilidad profesional del abogado. Si bien la aplicación y concreción del principio de la pérdida de la oportunidad es un ejercicio complejo, consideramos que al combinarlo con el juicio de prosperabilidad o juicio del juicio, mejora y si se quiere, aclara el panorama, para el establecimiento o la determinación de una aproximada adecuación de la relación causal entre la conducta contractualmente reprochable del abogado y el daño a la postre indemnizable, todo ello, como lo decíamos en la primera parte del artículo, bajo la óptica de la responsabilidad con culpa y por regla general, en el marco de obligaciones de medio y excepcionalmente de resultado.

Es así como el daño originado por la *frustración de acciones judiciales*,¹⁸ siempre propiciará análisis en el campo de las probabilidades y de las posibilidades, que por tanto no escapará a cierto grado de especulación e incertidumbre, pero que con criterios de razonabilidad, de estadísticas, de fundamentaciones jurídicas, de análisis objetivo de dichas posibilidades, con base en antecedentes de casos similares, en jurisprudencia, en fin, en fundamentos objetivos de sustentos normativos y doctrinarios, permitirá acercarse más a una adecuación de la relación causal entre la falta contractual y el daño, que conduzca a una tasación objetiva de daño, por lo menos con mayor aproximación. En palabras del Tribunal Supremo Español¹⁹, “*respecto a la determinación del quantum indemnizatorio, las dificultades que presenta la misma en esta clase de procesos no impide que el juzgador haya de buscar los medios adecuados para alcanzar una correcta compensación por los daños y perjuicios causados por la actuación negligente del letrado demandado, y si bien, esa indemnización no puede consistir en lo que los autores hubieren podido*

¹⁸ DE ANGEL YAGÜEZ. Ob. cit., p. 33.

¹⁹ ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sentencia del 16 de diciembre de 1996.

percibir como indemnización de los daños y perjuicios derivados del fallecimiento del esposo y padre de los actores en el procedimiento en que se dio la actuación negligente a que se contrae este litigio, trasponiendo a este pleito aquella indemnización como lo hace la sala a quo mediante un estudio de la acción que no llegó a prosperar al ser estimada la excepción de prescripción, si pueden ser examinadas las posibilidades de que la acción, en caso de haber sido temporáneamente ejercitada, hubiese prosperado ...”

Es pues sin duda un asunto complejo, pero no por ello ajeno a la obligación de reparar, será entonces en cada caso concreto, en que el mandante, contratante de los servicios profesionales del abogado, que realice un análisis que permita atribuir la responsabilidad por el incumplimiento contractual del demandado abogado, para que, con un complejo juicio de ponderación, se logre determinar el grado o la magnitud del daño indemnizable, que en ocasiones será de un porcentaje, pero en otras, podrá ser inclusive del valor total del derecho representado, aunque por aquello de las probabilidades y si se quiere conjeturas, por regla general ha de descartarse la equivalencia entre la conducta negligente del profesional y el supuesto o futuro daño padecido por el actor, afirmaciones que nos conducen al siguiente esquema para la tasación del daño.

En palabras del tratadista Español Fernando Reglero Campos,²⁰ *“La cuestión relativa a la valoración o cuantificación del daño indemnizable, es sin duda, una de las más complicadas de cuantas suscitan los casos de responsabilidad de abogados y procuradores, puesto que no en pocas ocasiones se trata de daños de naturaleza conjetural ... La determinación del daño concreto sufrido por el cliente como consecuencia de la negligencia o de la impericia del Abogado, abocaría a la necesidad de llevar a cabo un juicio dentro del juicio, pronunciándose a modo de conjetura, sobre cual habrían sido el resultado del conflicto de no haber mediado una actividad profesional negligente”*. Así las cosas y a riesgo de ser repetitivo, para la indemnización de un daño sufrido por el mandante - contratante de los servicios profesionales del abogado -, como consecuencia de la negligencia, impericia o incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del profesional, ha de proceder el juicio de probabilidad, de modo que la indemnización por este concepto guarde relación con el mayor o menor grado de posibilidad que tenía la pretensión o excepción del cliente en caso de no haber mediado tal negligencia, siempre atendiendo claros criterios de proporcionalidad y de ponderación.

²⁰ REGLERO CAMPOS, Fernando. “La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo” [documento en internet]. En: *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, p. 41. <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/responsabilidadAbogadosTribunalSupremo.pdf>. Consultado en junio de 2009.

6.3 Pago del interés total que se representaba en el proceso

La otra forma o modalidad que eventualmente podría servir de criterio para la cuantificación del daño causado por la negligencia del abogado en la ejecución del contrato de prestación de servicios profesionales, sería recurrir a la fórmula simple de condenar al profesional al total de la pretensión o del interés que representaba en el proceso.

Esta forma así presentada, de entrada ofrece serios reparos y cuestionamientos, por cuanto equivaldría a decir que el abogado se encuentra en frente de una obligación de resultado, lo cual, como lo hemos venido sosteniendo desde la primera parte de este escrito, no es de recibo frente a las obligaciones del profesional del derecho en el curso de un proceso, esto es, como litigante y representante de una de las partes. No obstante frente a una cuantificación objetiva del daño causado, o lo que es lo mismo, frente a una adecuada relación causal entre el incumplimiento o la negligencia del profesional y el daño a la postre causado, sin embargo, existirán algunas hipótesis, especiales por demás, en los que se vislumbre con claridad, con objetividad y con serios fundamentos en las cuales el profesional efectivamente adquiere la obligación de indemnizar a su mandante o representado con el cien por ciento del interés que estaba en juego dentro del proceso; piénsese por ejemplo en la prescripción, la sanción del desistimiento tácito o la perención de un título ejecutivo, que cumple con todas los requisitos para su exigibilidad, en un proceso donde está acreditada la solvencia económica del demandado, pero que por descuido o negligencia del profesional se decreten alguna de estas medidas, por actos imputables al descuido, negligencia, manifiesto desinterés o desconocimiento del profesional, casos en los cuales aparecería de cierto modo más consolidado y estructurado el daño, sin que ello implique generalidades o afirmaciones como que, en todos los procesos ejecutivos está garantizado el éxito de la pretensión, razón por la cual y para concluir, habrá en unos casos específicos mayor aproximación a la relación causal entre el incumplimiento del abogado (culpa) y el daño o la ventaja esperada, lo que nos lleva de nuevo a la teoría de la pérdida de la oportunidad, sembrada en palabras del profesor Chabas, cuando expresa que uno de sus elementos en precisamente *“la ausencia de prueba del vínculo de causalidad entre la pérdida de esa ventaja esperada y la culpa”*²¹.

De igual modo es importante analizar la siguiente hipótesis: Piénsese que la falta del abogado fue la omisión del recurso de apelación frente a una sentencia desfavorable a su mandante, así las cosas, el abogado dejó vencer el término y la sentencia desfavorable a los intereses de su cliente quedó ejecutoriada, cerrando la posibilidad de que su proceso y el fallo contrario a sus intereses fuera revisado y eventualmente revocado por el Superior en el trámite de la segunda instancia. Se ha planteado en algunos espacios académicos, que el solo paso del tiempo que tardaría en resolverse el recurso en segunda instancia, ya sería un daño cierto para el afectado con el fallo

²¹ CHABAS. Ob. cit., p. 71.

desfavorable en primera instancia. Imaginemos por ejemplo en un contrato de arrendamiento de local comercial, con costo elevado de prima, posicionamiento y acreditación del comerciante, ocupación del inmueble arrendado por varios años, y en el proceso se dicte sentencia de primera instancia ordenando la restitución del inmueble a su propietario. De haberse apelado la sentencia, es claro que no tendríamos la certeza de que fuera revocada en segunda instancia, lo que se vulnera es la posibilidad (ya analizado en el literal anterior), pero dicha apelación, en término procesal oportuno, habría permitido al vencido en el proceso, su uso por lo menos durante un año, tiempo promedio de duración de la segunda instancia (aunque en Medellín desafortunadamente tenemos procesos en segunda instancia de tres y más años), lo cual implicaría, por desfavorable que fuera la sentencia, esto es, no obstante se confirmara la de primera instancia, que ese comerciante habría tenido el uso, administración y explotación económica por un tiempo más, pero al verse obligado al cumplimiento apremiante de la sentencia y su consecuente entrega, ello le generará grandes perjuicios, expresados en daño emergente y lucro cesante, representado en la necesidad de desmontar su negocio, ubicarse en otro local diferente, los gastos de adecuación, de trasteo y el tiempo que tendrá que sacrificar de ingresos por su inactividad, que de haberse apelado la decisión lo habría legitimado para permanecer allí por un tiempo adicional considerable, lo cual le habría permitido ubicarse con tiempo, planeando su nueva ubicación y realizando los traslados sin mayores traumatismos, por ello, el sólo espacio de tiempo que tardaría el trámite de la segunda instancia (en condiciones normales y promedio), podría catalogarse como un daño cierto y determinado.

No obstante, otra posición al respecto la presenta el tratadista Fernando Reglero Campos²² al expresar: “... *la Audiencia analiza las repercusiones económicas que tendría la prosecución de la explotación durante el tiempo de tramitación del recurso de casación si se hubiere interpuesto, y niega que el demandado (abogado) tenga que indemnizar por las inevitables demoras en la administración de justicia*”. Queda pues planteada la discusión, sobre la certeza del daño y la legitimidad del mandante en este caso específico.

6.4 Daño moral

Finalmente se esboza la cuarta teoría tendiente a sustentar el monto indemnizable frente a la negligencia del abogado. Se trata de indemnizar al perjudicado, a la víctima del descuido del abogado con topes relativos a la tasación del daño moral. Se plantea que el mandante por lo menos ha sufrido un daño moral, una tristeza, angustia o depresión por el hecho de habersele negado una importante oportunidad procesal, como cuando no se apela la sentencia que le fue desfavorable, por la terminación anticipada de su causa a raíz de una perención, desistimiento tácito, una sanción por inasistencia a la audiencia de conciliación, etc. Es decir, esta teoría plantea que, ante

²² REGLERO. Ob. cit.

la dificultad probatoria de la relación causal entre el incumplimiento del profesional y el daño, es procedente afirmar que este mandante por lo menos estará afectado personal e íntimamente en su estado de ánimo por la negligencia del profesional, sin entrar a analizar las posibilidades o no que tendría la acción con las teorías de la pérdida de la oportunidad o con el análisis del juicio de prosperabilidad.

Ese daño originado por la frustración de acciones judiciales, en palabras de Ricardo de Angel Yagüez, *“puede calificarse como daño moral, en cuanto está relacionado con la privación de un derecho fundamental...”*.

En el mismo sentido el Tribunal Supremo Español²³ expresó: *“Por regla general, la jurisprudencia ha reconocido la indemnización del daño moral (sentencia de mayo 20 de 1996), por privación del derecho al recurso que tenía a su favor la parte demandante, por verse privado del derecho a que las demandas fueran estudiadas por el Tribunal de Apelación, así como a la del daño material, permitiendo tener en cuenta para su fijación, la doctrina de la posibilidad de éxito del recurso frustrado”*.

Hasta aquí, se puede precisar, que en la jurisprudencia Española, el demandante, mandante o víctima de la negligencia, desconocimiento o descuido del abogado, tiene derecho no sólo al reconocimiento del daño material, calculado como lo sugerimos en los anteriores literales, sino que además es viable el reconocimiento del daño moral por el sólo hecho de privársele del recurso, esto es, de la oportunidad de ser revisado su caso en una instancia superior, sin hacer referencia a la probabilidad o posibilidad de éxito, como lo hemos dicho, más del resorte del daño material.

Lo anterior indica que reclamada la indemnización en su manifestación de daño moral, este procede sin necesidad de acudir a realizar un juicio sobre la prosperabilidad del recurso no interpuesto por el letrado, por tanto, prescindiendo totalmente del hipotético tratamiento, estimatorio o desestimatorio que hubiere recibido el recurso no interpuesto, lo concreto, determinable y cierto es que la negligente conducta del abogado, ocasiona en palabras del Tribunal Supremo de España²⁴, un evidente y ostensible daño moral, el cual consiste en privarlo del conocimiento y resolución del conflicto por parte de la instancia superior, por lo que habrá de diferenciarse con claridad lo siguiente, una cosa es la posibilidad, prosperabilidad, juicio del juicio o la pérdida de la oportunidad en términos de daños materiales, y otra diferente es la causación real y objetiva del daño moral por la falta o negligencia del profesional.

7. ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO

Finalmente debemos abordar el tema del aseguramiento de la responsabilidad profesional del abogado, y ello debe ir de la mano, naturalmente, del análisis de los dos clausulados existentes en Colombia, por lo menos hasta la fecha del presente

²³ ESPAÑA. Sentencia del Tribunal Supremo, 1ª (28, enero, 2005). RJ 1830.

²⁴ DE ANGEL YAGÜEZ. Ob. cit., p. 30.

escrito. En efecto las Compañías Chartis Seguros Colombia y Ace Seguros, son las que ofrecen el producto actualmente, sin que ello implique que vamos a realizar comparaciones o señalar diferencias entre una y otra, más del resorte de la fuerza comercial.

Sólo con el propósito de determinar con fidelidad las coberturas de ambas, se realizará una transcripción del contenido específico de éstas.

7.1 Coberturas

La cobertura está definida de la siguiente manera en el caso de Ace Seguros:²⁵

*“Por la presente póliza, el asegurador pagará en exceso del deducible, los daños y/o costos a cargo del asegurado, provenientes de una reclamación presentada por primera vez en contra del asegurado, durante el período contractual y/o durante el período de reporte extendido, en caso en que este último sea contratado, **por causa de un acto erróneo en la prestación de sus servicios profesionales.** (Negrilla fuera de texto).*

Los actos erróneos deben haber sido cometidos con posterioridad al inicio de la fecha de retroactividad especificada en las condiciones particulares y durante el período contractual.”

Por su parte, las coberturas de la póliza de Chartis señala:²⁶

*“Chartis Seguros se compromete a indemnizar al asegurado los perjuicios patrimoniales que cause con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la Ley, resultantes de cualquier reclamo formulado al asegurado por primera vez durante la vigencia del presente contrato de seguro, incluyendo reclamos por injuria, calumnia y/o falsa denuncia, y que sean consecuencia de cualquier acto, **error, impericias u omisión negligentes (incluyendo la culpa grave) del Asegurado** o de las personas por las cuales es legalmente responsable, en la prestación de servicios profesionales como Abogado, en los términos y condiciones previstos y hasta el valor asegurado estipulado expresamente en la carátula de la póliza. (Negrilla fuera de texto).*

Se trata pues de amparar la responsabilidad civil del abogado, que en ejercicio del mandato conferido o del contrato de prestación de servicios profesionales celebrado, incurre en un error u omisión, a título de negligencia, descuido o culpa, en la prestación de sus servicios. Como en cualquier contrato de seguro, estará excluido el dolo o la intención fraudulenta del profesional asegurado, tal como lo establece el artículo 1055 del Código de Comercio:

²⁵ ACE SEGUROS S.A. Seguro de Responsabilidad Civil Profesional para Abogados [documento en internet]. Condiciones Generales, 1. Cobertura. www.acelatinamerica.com. Consultado en octubre de 2009.

²⁶ CHARTIS SEGUROS COLOMBIA S.A. Póliza de Responsabilidad Profesional para Abogados [documento en internet]. Condiciones Generales, Condición primera, Cobertura. Código 18082009-1322-P-06-PIABOGADOS07. www.chartisinsurance.com. Consultado en octubre de 2009.

Art. 1055. El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.

Nótese que en la cobertura de esta última póliza, se incluye *la culpa grave*, en el entendido de que la citada norma es imperativa y por tanto no se puede pactar en su contra, pero en lo relativo al dolo y los actos meramente potestativos del tomador o asegurado, por tanto, respecto de la culpa grave, podrá pactarse en contrario, sin violentar la restricción que contienen las normas imperativas de nuestro ordenamiento jurídico, lo anterior en virtud del artículo 1127 del Código de Comercio, modificado por la Ley 45 de 1990, artículo 84, que establece:

Art. 1127. Modificado por la Ley 45 de 1990, artículo 84. Naturaleza del seguro de responsabilidad civil. El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.

Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055.

7.2 Partes del contrato de seguro

De acuerdo con el artículo 1037 del Código de Comercio, son partes del contrato de seguro, *el asegurador*, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello, y *el tomador*, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos. Para el caso del tomador, generalmente lo será el abogado que pretende trasladar el riesgo a la aseguradora, pero igualmente podría ser la firma o el bufete de abogados al cual pertenece el profesional, y en el caso de España, donde está más avanzando el tema, lo son los Colegios de Abogados, entidades que agrupan a los profesionales del derecho verdaderamente como una agremiación, con normas de conducta, con lineamientos sobre el ejercicio profesional e inclusive académico, con poderes y facultades sancionatorias, etc., quienes suelen suscribir un seguro que cubre a sus colegiados con un límite de cobertura, para que cada uno, si lo considera necesario de acuerdo a los riesgos que representa, contrate una segunda

capa en exceso de la básica tomada por el Colegio al cual pertenece, en un seguro voluntario de responsabilidad civil ampliado.²⁷

7.3 Declaración de asegurabilidad

Establece el artículo 1058 al respecto:

Art. 1058. El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.

Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo.

Pues bien, esta norma general del contrato de seguro, habrá de aplicarse, como en cualquier otro contrato de seguro, pero es importante hacer el análisis para el caso específico, es decir, aterrizar a la particularidad del riesgo trasladado por el abogado a la aseguradora en el ejercicio del mandato conferido o lo que es lo mismo, del contrato de prestación de servicios profesionales.

Así las cosas, “*los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo*”, será la relación de los procesos que atiende el despacho, oficina, bufete o firma de abogados, se desconoce si deben presentarse la relación exacta de cada uno con identificación de las partes, despacho judicial donde cursan, estado del proceso para el momento del aseguramiento, causa u objeto del proceso, pretensiones o derechos en disputa, posición del apoderado en cada caso, (apoderado del demandante, del demandado, del llamado en garantía etc.), medios tecnológicos para recordación de compromisos judiciales, número de asistentes o dependientes judiciales, forma de controlar el avance y trámite de los procesos, en fin, todos y cada uno de los elementos que puedan identificar con claridad y precisión el verdadero estado del riesgo, o si por el contrario, sin atentar contra esta exigencia sustancial, bastaría con una relación general del número de procesos y de clientes que habitualmente se atiende. Sea cual fuere la posición particular de cada aseguradora, lo cierto es que dentro de las exclusiones se determina que “*cualquier reclamo que se origine en actos, errores u omisiones que ocurran con anterioridad a la fecha efectiva de la primera póliza emitida al Tomador o a cualquier firma antecesora de esta, así haya*

²⁷ MONTERROSO CASADO, Esther. *La responsabilidad civil del abogado, criterios, supuestos y efectos* [documento en internet]. En: *Saber.es. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales* (Separata). Vol. 3, Madrid, Universidad Alfonso X El Sabio, 2005.

*sido continuamente renovada y mantenida en vigor a la fecha de inicio de la vigencia de la presente póliza, si el Tomador, cualquier socio, accionista o el comité administrativo del Tomador o cualquier miembro del mismo en tal tiempo, sabía o podría razonablemente pronosticar que dichos actos, errores u omisiones podían esperarse, constituyeran la base de un reclamo o demanda”.*²⁸ Se cita por efectos académicos, con la salvedad que se trataba del clausulado de la anterior AIG Colombia Seguros Generales S.A., actual Chartis Seguros Colombia S.A.

Si bien, hay una referencia a la temporalidad de la cobertura, lo que se pretende destacar dentro de esta especial exclusión, es la circunstancia de que el Tomador, un socio, miembro de la firma, o accionista “*sabía o podía razonablemente pronosticar*” que de la existencia de un error, podría derivarse la base de un reclamo o demanda, con lo cual se pone al profesional en el deber de relacionar los vencimientos de términos, los casos en los cuales no alegó de conclusión, la falta de interposición de recursos, la inasistencia a audiencia de conciliación o práctica de pruebas, en fin, en el deber de relacionar una serie de actos procesales por cuya falta o ausencia, en un momento determinado podría derivarse razonablemente una reclamación, so pena de aplicase la referida exclusión. Asunto de gran complejidad y marcada filigrana, pero que sin duda atiende al principio de la buena fe y a la obligación de la precisa declaración del estado del riesgo.

7.4 Exclusiones

Aparte de la exclusión referida anteriormente, los clausulados generales de las pólizas de responsabilidad civil profesional para abogados, establecen las siguientes:

Conducta delictiva, acto fraudulento, deshonesto o malintencionado, dolo, o intención de causar daño del asegurado o de cualquier otra persona por cuyos actos, errores u omisiones deba responder el asegurado, tales como asistentes, dependientes, empleados, socios, etc. No se amparan las actividades del abogado funcionario público electo o como empleado de un organismo gubernamental o administrador de cualquier fideicomiso de empleados, organización de caridad, corporación o compañía de negocios diferente a la del asegurado nombrado, es decir, a la de su bufete, oficina o firma, reclamaciones por litigios o circunstancias anteriores, excepto el período de reporte extendido, así como reclamaciones por daño punitivo o ejemplarizante, multas, sanciones o penalidades, reintegro de honorarios y costas del proceso. Se aclara frente a los cargos públicos, que, si ampara al abogado externo o contratista que presta sus servicios profesionales a entidades del orden gubernamental, nacional, departamental o municipal, siempre que no exista vinculación laboral.

²⁸ AIG COLOMBIA SEGUROS GENERALES S.A. Póliza Responsabilidad Profesional para Abogados. Registro Superfinanciera 01012004-1322-P-06-RCP. Condición Segunda: Exclusiones, literal G.

7.5 Modificación posterior de la cobertura

Existe un evento que es de la mayor importancia destacar. Se trata de la facultad que tiene la aseguradora de representar o asumir la defensa de su asegurado frente a una reclamación. Pues bien, dentro de los amparos, existe un clausulado especial que regula las reglas en relación con la conciliación, cuando el afectado formula reclamación al profesional asegurado; al respecto establece una de las pólizas:

“REGLAS ESPECIALES EN RELACIÓN CON LA TRANSACCIÓN O LA CONCILIACIÓN:

(...)

*C. Para efectos de este seguro, si el asegurado (abogado) rehúsa aceptar cualquier transacción o conciliación **recomendada por la aseguradora y aceptada por el reclamante**, y decide continuar con las demandas o procesos legales, **la responsabilidad de la aseguradora no excederá del monto por el cual se hubiere podido transigir o conciliar la reclamación**. En dicho evento la aseguradora no tendrá ninguna responsabilidad por los perjuicios y gastos de reclamaciones que se originen desde ese momento, salvo que provengan de otros reclamantes y por hechos diferentes ... (Negrillas fuera de texto).*

Así las cosas, es importante, como decía ahora, destacar esta condición, dado que en el escenario de conciliación o transacción, extrajudicial o judicial, si la aseguradora recomienda el acuerdo por que lo considera objetivo, serio y fundado, y el reclamante está de acuerdo con la cifra propuesta, pero el abogado insiste en su ausencia de responsabilidad o simplemente en el interés de llevar el proceso hasta su culminación mediante sentencia, de cierto modo se expone a una disminución de su cobertura, al establecerse que la aseguradora no extenderá su responsabilidad hasta la cobertura inicial otorgada en el contrato de seguro, dado que esta cobertura inicial, en esta especialísima hipótesis, queda modificada por la renuencia del profesional a conciliar, pues al final la aseguradora sólo responderá por el valor con el cual hubieren podido transar o conciliar las partes en aquella época; lo anterior lo ilustramos con un sencillo ejemplo: En principio en el contrato de seguros de acordó una cobertura por responsabilidad civil de cien millones de pesos, (\$100.000.000), posteriormente se presenta un evento que genera la reclamación del mandante o contratante de los servicios del abogado, en cuyo caso en escenario de conciliación o transacción, se ponen de acuerdo en la cifra estimada del daño causado por el abogado, así, tanto reclamante como aseguradora, establecen el valor de la indemnización en la suma de \$20.000.000, transacción que no se concreta ante la persistencia o renuencia del profesional asegurado. Posteriormente se dicta sentencia, declarando la responsabilidad del abogado, condenándolo al pago de \$50.000.000, allí, no obstante la cobertura de \$100.000.000, la aseguradora sólo reembolsará a favor del asegurado la suma de \$20.000.000, dado que esta fue la cifra en la cual reclamante y aseguradora se habían puesto de acuerdo para sellar la conciliación o transacción, y la condena por valor superior, será de responsabilidad del profesional asegurado, lo que

sin duda modifica la cobertura pactada en el contrato y le impone cargas adicionales al asegurado por desatender oportunamente los beneficios del fallido acuerdo.

Importante figura desde luego, la cual restringe de cierto modo la defensa del asegurado y adicionalmente disminuye la cobertura contratada inicialmente, pero de otro lado, incentiva la participación activa y oportuna de la Compañía y motiva un acuerdo objetivo y pronto, con el cual se benefician la aseguradora, el asegurado y la administración de justicia.

7.6 Nulidad del contrato de seguro

Será nulo, de nulidad absoluta el seguro de responsabilidad profesional cuando la profesión y su ejercicio no gocen de la tutela del Estado, o cuando, al momento de celebrarse el contrato de seguro, el asegurado no sea legalmente hábil para ejercer la profesión. De igual forma el contrato terminará cuando el asegurado sea legalmente inhabilitado para el ejercicio de la profesión.

Lo anterior indica que si el profesional se encuentra incurso en una *causal de incompatibilidad* para el ejercicio independiente de la profesión, reguladas por el artículo 29 de la Ley 1123 de 2007, así como quienes se encuentren excluidos o suspendidos para el ejercicio de la profesión por sanción disciplinaria en firme, naturalmente no podrán gozar del amparo de responsabilidad civil, pues surge de inmediato la causal de nulidad absoluta del contrato.

Finalmente una breve reflexión sobre la responsabilidad de los abogados: Si bien es un tema todavía nuevo para nuestros estrados judiciales, recordemos que la responsabilidad médica hace 20 años era de casi total ausencia en los Juzgados, y ahora ocupa un gran número de procesos, me atrevería a decir que es la causa más recurrente, por lo menos en la ciudad de Medellín, lo cual sucederá con los abogados, donde en España por ejemplo, tiene más volumen que los mismos casos de responsabilidad médica, por lo que, mas temprano que tarde, tendremos en nuestro medio múltiples causas de responsabilidad de abogados avanzando en nuestros Juzgados.

Y prueba de ello es precisamente los siniestros que reportan las aseguradoras frente a este ramo, dado que se trata de un producto nuevo, con no más de cuatro años de vigencia, donde ya se han atendido un número importante de reclamaciones, esto es, de siniestros, lo cual es indicativo de la verdadera configuración de la responsabilidad profesional del abogado.

BIBLIOGRAFÍA

ACE SEGUROS S.A. Seguro de Responsabilidad Civil Profesional para Abogados [documento en internet]. www.acelatinamerica.com.

CHARTIS SEGUROS COLOMBIA S.A. Póliza de Responsabilidad Profesional para Abogados [documento en internet]. Código 18082009-1322-P-06-PIABOGADOS07. www.chartisinsurance.com.

AIG COLOMBIA SEGUROS GENERALES S.A. Póliza Responsabilidad Profesional para Abogados. Registro Superfinanciera 01012004-1322-P-06-RCP.

CRESPO MORA, María Carmen. “La responsabilidad civil del abogado en el derecho español”. En: *Revista de Derecho*. No. 25, Barranquilla, Universidad del Norte, 2006, pp. 257-285.

DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. “La responsabilidad civil del abogado” [documento en internet]. En: *INDRET. Revista para el análisis del derecho*. N.º 1, Barcelona, enero, 2008. http://www.indret.com/pdf/521_es.pdf.

LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilidad civil profesional*. París, Editorial Económica, 1995. Traducción realizada por el Doctor Javier Tamayo Jaramillo.

MONTERROSO CASADO, Esther. *La responsabilidad civil del abogado, criterios, supuestos y efectos* [documento en internet]. En: *Saberes. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales* (Separata). Vol. 3, Madrid, Universidad Alfonso X El Sabio, 2005.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por Daños*. Tomo VIII: Responsabilidad de los profesionales. Buenos Aires, Editores Rubinzal, 2001.

PALACIO BARRIENTOS, Juan David. “La Responsabilidad de los profesionales”. En: *Responsabilidad Civil y del Estado*. N.º 23, Medellín, IARCE, junio, 2008, pp. 106-141.

REGLERO CAMPOS, Fernando. “La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. En: *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*. Universidad de Castilla-La Mancha.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*. 2 tomos. Bogotá, Legis, 2007.

TOBÓN FRANCO, Natalia. *Gerencia jurídica y responsabilidad profesional*. Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia Pontificia Universidad Javeriana, Librería Jurídica DIKE, 2006.